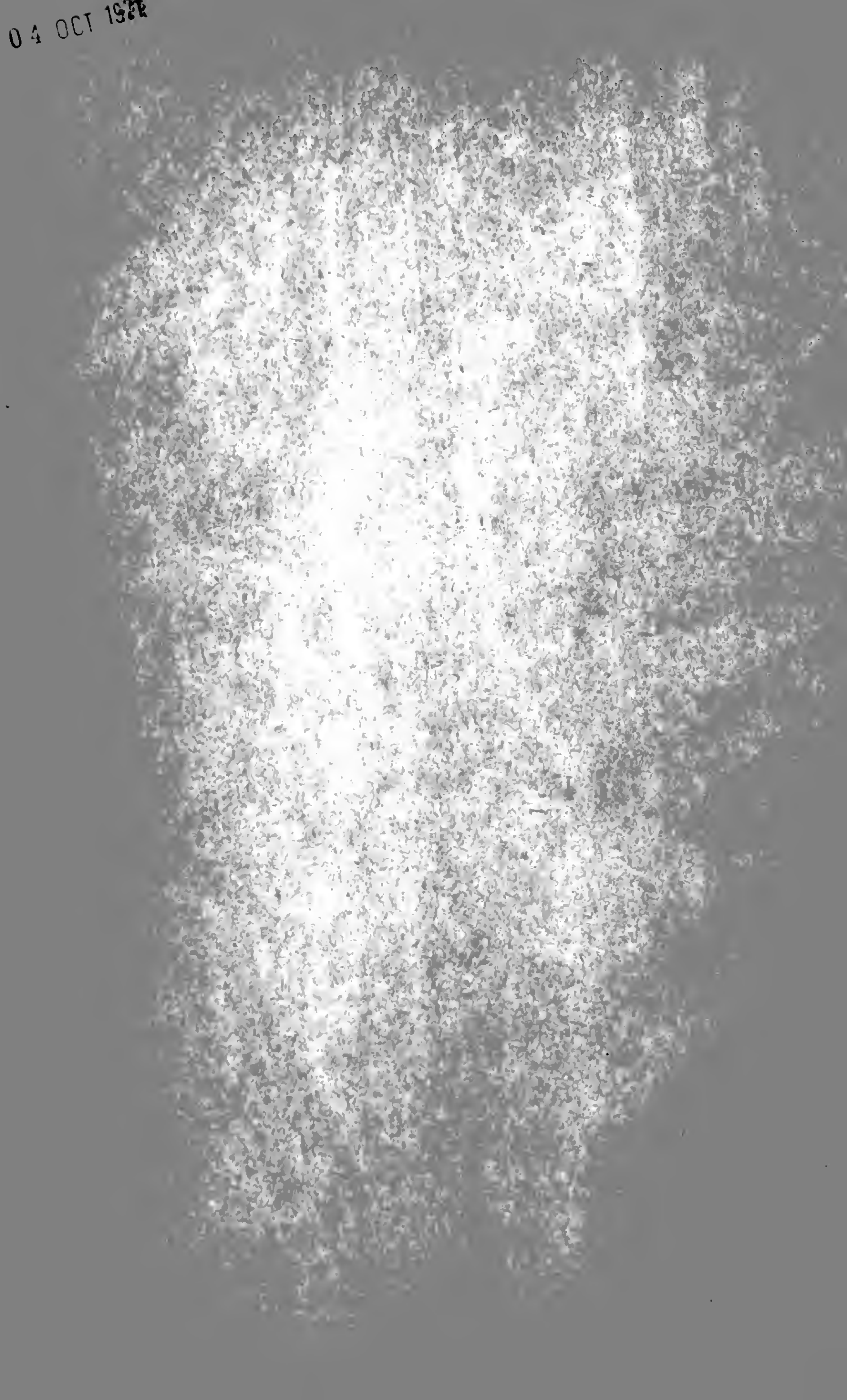





0 4 OCT 19

12

L'ESPRIT

DU

DROIT ROMAIN.

DÉPOSÉ.

L'ESPRIT

DU

DROIT ROMAIN

DANS LES

DIVERSES PHASES DE SON DÉVELOPPEMENT

PAR

R. von JHERING

Professeur ordinaire de droit à l'Université de Goettingen

TRADUIT SUR LA 3e ÉDITION AVEC L'AUTORISATION DE L'AUTEUR

PAR

O. DE MEULENAERE

Juge au tribunal de première instance à Bruges

DEUXIÈME ÉDITION

TOME IV

PARIS

A. MARESCQ, Aîné, ÉDITEUR

20, rue Soufflot et 17, rue Victor-Cousin

GAND : **F. CLEMM**, 24, rue de l'Université

MDCCCLXXX

Gand, impr. Eug. Vanderhaeghen.

LIVRE II.

(Suite).

SYSTÈME DU DROIT STRICT.

Section 3. — *L'art juridique.*

Transition. — L'art juridique proprement dit. — Sa participation à la formation originaire du droit. — Son caractère.

58. S'il était vrai, comme on l'enseigne, que la mission de la jurisprudence consiste dans l'interprétation des lois, nous nous serions déjà assez longuement étendus sur la jurisprudence ancienne pour avoir épuisé la matière. Nous connaissons maintenant cette branche de l'activité juridique (§ 49); qu'a-t-elle encore à nous révéler? Cependant, et ceci n'est point un paradoxe, nous allons seulement aborder la partie principale et la plus difficile de notre sujet. Il s'agit d'arriver au cœur même de la jurisprudence romaine, dont jusqu'ici nous n'avons observé que les contours. Nous avons bien relevé une série de phénomènes intéressants, et nombre de traits qui caractérisent la physionomie du droit ancien en opposition avec le droit nouveau; mais ces détails appartiennent à l'époque plutôt qu'à la jurisprudence même, ils sont les reflets de la civilisation du temps dans la jurisprudence et se reproduisent par cela même dans les autres domaines de la vie intellectuelle.

Ce n'était pas seulement sur le terrain du droit proprement dit que les Pontifes avaient à interpréter et à composer des formules, et ils n'exerçaient pas, en le faisant, un art juridique spécifique. Ce n'était pas la jurisprudence, c'était leur époque qui leur dictait l'esprit dans lequel ils agissaient et qui leur imposait ce joug du mot auquel ils étaient asservis et dont nous venons d'établir l'importance.

Nous entrons désormais dans un ordre d'idées tout à fait différent. Nous allons voir la jurisprudence à l'œuvre, elle-

même, et la surprendre dans ses opérations les plus secrètes. Les problèmes et les intérêts dont il s'agit ici, les moyens de les résoudre, les opérations et les artifices qui sont appliqués, en un mot, tout le matériel d'idées que nous allons observer est exclusivement de nature juridique; c'est l'art juridique proprement dit que nous allons étudier dans son œuvre : la formation technique du droit ancien. La théorie générale de la technique que nous avons développée (§ 43-46) nous permet et nous oblige à la fois de nous restreindre aux matériaux historiques que nous offre le droit ancien.

D'après la théorie dominante aujourd'hui, l'avènement de la jurisprudence dans l'histoire date d'une époque relativement récente. Elle aurait été précédée par une longue période d'existence naïve et coutumière du droit; le législateur aurait été depuis un certain temps à l'œuvre avant que la jurisprudence ne s'éveillât. D'après cette théorie elle serait donc venue beaucoup trop tard pour prendre part à la fondation du droit, car les principes fondamentaux du droit étaient depuis longtemps fixés, les phases de la cristallisation du droit étaient entièrement accomplies: il ne lui restait plus qu'à améliorer, à polir et à limer. Cette opinion a également été la mienne, mais une étude persévérante du droit romain ancien m'a convaincu qu'elle n'est qu'un produit de l'imagination qui ne trouve aucun appui dans l'histoire — le rêve d'un âge d'or du droit, dans lequel les principes venaient à éclore tout seuls, sur l'arbre de l'expérience, et où l'homme n'avait qu'à étendre les mains pour les y recevoir. La vraie doctrine, je crois, est celle-ci : l'histoire du droit a commencé par un âge de fer. Elle a imposé dès le premier abord des luttes pénibles et des travaux ardus à l'intelligence humaine. Dès la naissance du droit, la réflexion, la conscience, le calcul ont été en activité. L'art juridique et le droit ont eu le même berceau.

Si aujourd'hui les idées ne nous naissent pas toutes faites, mais doivent être acquises avec peine et effort, il en était de même à cette époque de l'histoire où les principes fondamentaux

du droit se sont formés. C'est une erreur de soutenir que les peuples, dans leur enfance, n'ont pas eu besoin de rechercher et de perfectionner les notions de la propriété, de l'obligation, etc., mais les ont trouvées toutes faites. Autant vaudrait affirmer qu'ils ont reçu leurs maisons, leurs socs de charrues, etc., des mains de la nature.

Non, dans l'un ordre d'idées comme dans l'autre, ils ont dû, pendant des siècles, penser, travailler, s'épuiser en tentatives. Avant que les idées aient revêtu ces formes précises et fixes qu'elles ont déjà dès leur première apparition dans l'histoire, il a fallu des tâtonnements et des essais sans nombre, des hésitations et des incertitudes infinies.

Plus j'ai pénétré au fond de ces idées, plus je les ai creusées, et plus elles se sont manifestées à moi comme de vrais produits de l'art, et même d'un art admirable. Pour celui qui identifie la jurisprudence avec la littérature juridique, et qui la fait dater par conséquent du premier livre qui a été écrit, cet art peut paraître bien antérieur à l'époque de la jurisprudence et semble n'avoir aucun droit à ce nom. Mais celui qui, comme moi, ne met pas le criterium de la jurisprudence dans la composition de livres, celui qui le trouve dans la pensée juridique ne contestera pas à cet art son véritable nom. Il y a une pensée juridique plus puissante dans les idées et les formules juridiques qu'il nous a transmises que dans des charretées de livres de mainte époque féconde en écrits sur le droit. Moins diffuse que chez nous, cette pensée juridique ne se traduit pas dans sa forme fluide originaire. Elle est condensée, spécialisée et renfermée dans les limites d'un principe de droit. C'est ce qui fait que souvent, dans la vie ordinaire, on oublie, on ne semble même pas comprendre que les moyens les plus primitifs et les procédés les plus simples sont presque toujours les résultats d'un travail séculaire de la pensée humaine.

Mais lorsque, avec nous, on soumet à une analyse ces précipités de la pensée juridique ancienne de Rome, car c'est bien ainsi qu'on peut appeler les notions fondamentales du droit

romain, lorsqu'on remet en fusion la pensée qui y a pris une forme objective, on reste confondu devant la puissance et le travail intellectuel, devant la fécondité et la simplicité des idées, devant la logique et l'énergie d'exécution qu'elles attestent. Devant de pareilles qualités, il est impossible de soutenir que ces notions soient nées spontanément dans la conscience populaire. L'analyse nous découvre tout un monde d'idées, monde inconnu, il est vrai, à cette espèce d'histoire du droit qui attache plus d'importance à quelques noms sans valeur de juristes oubliés, qu'aux idées juridiques elles-mêmes, aussi inconnu que l'est à l'ignorant cet autre monde que l'intérieur de la terre nous conserve dans ses pétrifications. Celles-ci sont le livre de pierre où l'œil du paléontologue lit l'histoire du globe, qui lui raconte les évènements et les révolutions des temps que ne connaît pas l'histoire. C'est ainsi que le véritable art de lire l'histoire aide à découvrir dans les matériaux les plus antiques du droit romain l'histoire de sa création. Il nous fait assister à la genèse du droit et nous renseigne sur les événements qui ont accompagné la formation de ses principes. Il nous montre la raison et l'art juridique éclairant la volonté et le sentiment moral du législateur; en un mot, les tendances les désirs, la volonté des plus anciens formateurs du droit romain, nous sont par lui révélés et traduits.

Ce serait une entreprise téméraire de vouloir déterminer la part prise, dans la formation des principes, par l'art juridique et par les autres facteurs du droit. Quelle a été, par exemple, l'influence respective de cet art et de l'amour du pouvoir et de la liberté sur les principes de la propriété romaine? Ce qui est certain c'est que l'art juridique a eu sa part, et une grande part, dans la formation de tous les principes du droit. Ils en portent la trace irrécusable. Il est certaines idées techniques fondamentales qui se reproduisent partout, qui impriment aux principes un caractère juridique nettement déterminé. Grâce à elles nous pouvons nous représenter un *type de structure* qui est commun à toutes les institutions du droit ancien, mais qui

disparaît dans celles qui ont été créées par le droit nouveau. Ne voir là qu'une œuvre de l'appréciation naïve et spontanée du peuple, alors que tout porte le cachet de l'intention, du calcul, c'est fermer les yeux à la lumière. Autant vaudrait attribuer au hasard l'invention de la machine à vapeur. Nous constaterons, du reste, dans le cours de cette étude que la structure de certaines de ces institutions s'éloigne à tel point de la forme naturelle qu'elles ont dans la vie et sous laquelle la conception naturelle du peuple a coutume de se les représenter, que l'on peut affirmer qu'elles sont en contradiction avec cette dernière. Le droit ancien, par exemple, réduit la vente à la forme de deux stipulations unilatérales. L'élément décisif et qui sera toujours considéré comme tel, au point de vue économique : la bilatéralité, est complètement abandonné dans la forme juridique imprimée à la vente. Voilà bien une idée foncièrement juridique, qui, si elle n'est éclose dans le cerveau d'un juriste, doit en tout cas son origine à la pensée juridique. C'est surtout dans la procédure ancienne que se manifeste ce caractère artistique et voulu. Quant à cette prétendue naïveté de la période originaire, ces éclosions soi-disant naturelles en sont si évidemment absentes que les institutions de notre procédure actuelle paraissent moins artificielles, moins voulues que celles de la période d'enfance. L'examen approfondi que nous allons faire de la procédure le démontrera.

Ecartons donc cette erreur qu'il fut un temps, si éloigné qu'on le veuille, où, comme une belle fleur des champs, le droit s'épanouissait spontanément sur le terrain béni du sentiment national, et ne réclamait pas les soins tutélaires de l'homme. Le jardinier ne crée pas la fleur, la réflexion et l'intention n'ont pu créer le droit, c'est vrai, mais le soigner, l'arroser, le tailler, voilà ce qu'elles peuvent et voilà ce qu'elles ont fait depuis l'origine. La participation que le fait de l'homme a au développement du droit, et qu'il doit avoir, d'après l'ordre moral du monde, commence dès la période la plus ancienne C'est à cette période que l'école historique place la croissance

organique du droit, qui lui tient tant à cœur, mais elle ne peut soutenir ce système que parce qu'elle ne voit plus la main qui agissait alors. En voulant réagir contre une tendance antérieure qui admettait que le droit avait été entièrement et exclusivement *fait*, en haine du rationalisme étroit de ses prédécesseurs, l'école historique s'est forgé un système opposé, et tout aussi extrême. Pour elle, avoir été *fait* serait un vice originel du droit, son idéal est qu'il soit *devenu*, elle n'admet pour le droit qu'une formation coutumière et inconsciente. Sur le terrain de la science juridique, l'école historique présente le même phénomène que l'école romantique sur celui de la littérature. Mais si l'école romantique, depuis un certain temps déjà, a dû remplacer sa conception poétique du moyen-âge par une conception plus prosaïque, mais en même temps plus vraie, il est temps aussi d'opposer à la poésie de la croissance organique, la prose plus sévère de l'histoire. C'est ce dont nous allons nous occuper.

Le droit romain doit donc sa formation, dès l'origine, au calcul et à l'intention. L'*art juridique est aussi ancien que le droit romain lui-même.* Mais entre sa première apparition et son époque florissante, il y a dans ses *degrés* comme dans son *mode* de formation et un grand espace de temps, et un progrès immense. Les temps qui se succèdent amènent d'autres problèmes : les problèmes nouveaux réclament des solutions nouvelles. Transportée dans l'époque ancienne, la méthode de la jurisprudence postérieure, y serait aussi disparate que la méthode ancienne dans l'époque nouvelle. Un calcul intelligent avait adapté chacune de ces méthodes au problème particulier qu'elle avait à résoudre. Jeter les fondations de l'édifice, tel était le problème de l'époque ancienne. Un ordre rigoureux, une exactitude mathématique étaient des qualités commandées avant toutes autres ; le cordeau, l'équerre, le fil à plomb, sont les symboles architectoniques de cette période ; les lignes droites, les angles aigus caractérisent son style. C'est précisément parce que la jurisprudence la plus ancienne avait exactement reconnu le

peu d'étendue de ce problème, et qu'elle n'en avait jamais franchi les limites, que la jurisprudence postérieure, en continuant à bâtir sur ces solides fondations put se consacrer aux problèmes qui lui étaient réservés. A l'ordre et à la régularité, elle put ajouter la liberté et la beauté; au lieu de mesurer anxieusement ses lignes au cordeau, elle put sans danger recourir aux tournures les plus audacieuses, aux complications les plus hardies.

Traçons en quelques traits l'esquisse de l'art juridique ancien; les paragraphes suivants achèveront le tableau.

Parmi les différents points de vue sous lesquels la technique juridique peut être envisagée, ainsi que parmi ses diverses opérations, que nous avons citées ci-dessus (§ 43), deux seulement, dans l'ancienne jurisprudence romaine, se présentent sous une forme démontrable, mais qui n'en est que plus marquée : l'analyse et l'économie juridique. Par leur nature même, elles apparaissent les premières dans l'histoire (§ 59 et 65), mais l'époque de leur apparition d'une part, d'autre part une loi qui régit le développement de tout art quelconque, ont déterminé leur forme particulière.

De même que tout ce qui nous a été transmis du droit ancien (§ 48-57), la technique de l'ancien droit porte dans le trait fondamental de l'extériorité, le cachet de son époque. Il en est ainsi surtout de son *analyse*. Notre jurisprudence actuelle, de même que la jurisprudence romaine postérieure divise par voie interne, par principes; le droit ancien divise *extérieurement*, c'est-à-dire, il ne sépare pas *intimement* les notions qui se rencontrent dans un cas particulier, mais il veille à ce qu'elles ne puissent se confondre, en leur assignant à chacune une forme séparée. Ce résultat est poursuivi par la théorie des actes juridiques, d'abord (§ 63); chaque acte n'est destiné que pour *un seul* but juridique. Il l'est ensuite par l'organisation de la procédure (§ 60, 61) : chaque procès ne traite que d'une seule demande : ni du côté du demandeur, ni du côté du défendeur on ne peut y mêler un élément qui ne s'y rap-

porte pas directement. La décomposition du rapport juridique, qui dans notre droit actuel n'est autre chose qu'une invitation faite au juge et dont l'éducation juridique du juge garantit seule l'observation, est directement assurée dans le droit ancien par un *appareil analytique* extérieur particulier — le juge ne peut se soustraire à l'invitation, la procédure elle même décompose pour lui, puisque les formes d'actions existantes ne peuvent recevoir que des demandes analytiquement simples.

Ce trait fondamental de l'extériorité appartenant à l'époque ancienne se reproduit aussi dans la seconde branche de la technique ancienne : l'économie juridique (§ 66-68); l'*acte apparent* est la forme sous laquelle il reçoit son expression.

A ce premier trait fondamental de la technique ancienne, s'en joint un second qui est également produit, non par la technique même, mais par une loi qui régit le développement de tout art. La liberté dans l'art a pour point de départ la servitude. Les individus comme les peuples, doivent débuter dans l'art par l'application rigoureuse, servile de la règle; celui-là seul devient maître de la règle, qui a été son esclave. Ce qui est devenu intimement propre au maître comme loi vivante de toute son appréciation artistique, est encore pour l'élève un commandement mécanique auquel il doit se soumettre aveuglément et sans idée personnelle. Toute œuvre qui émane de ce disciple se distingue par un type tout à fait déterminé qui signale partout les phases originaires de l'art, celui de la *tyrannie de la règle* : raideur, sécheresse, pédanterie, mais aussi et en même temps régularité parfaite, ordre rigoureux.

La même observation s'applique à l'art juridique. Cet art aussi, avant d'atteindre à la liberté intellectuelle, a dû traverser la période de non-liberté. Jusqu'à ce qu'il ait franchi cet âge, il porte l'empreinte de la phase originaire de l'art : ordre et simplicité irréprochables, régularité et exactitude mathématiques, logique impitoyable, d'une part, et de l'autre, l'envers de tous ces avantages, la raideur, la prolixité, la

lourdeur et la pédanterie. La jurisprudence ancienne ne heurte pas de front les obstacles qu'elle rencontre. Elle ne recule pas devant des détours sans fin pour atteindre son but. L'atteindre ne lui suffit même pas; jusque dans la manière dont elle y parvient elle cherche encore à justifier et les procédés qu'elle a mis en œuvre et la voie qu'elle a suivie.

Cette marche de la jurisprudence ancienne peut prêter à la raillerie, et l'on comprend que dans son aversion pour la jurisprudence, Cicéron ne lui ait pas ménagé les sarcasmes. Mais gardons-nous bien de laisser de pareilles attaques égarer notre jugement au sujet de la jurisprudence ancienne. C'est grâce au culte servile de la règle, grâce à une logique impitoyable ne reculant pas même devant le ridicule, c'est grâce enfin à la rigueur toute puissante de la méthode, que le droit romain a conquis ces avantages qui même en face de toutes les créations de la jurisprudence postérieure, ont conservé leur valeur et leur éclat: la clarté et la limpidité merveilleuses de toute son architectonique, la pureté et la précision de ses lignes et de ses formes fondamentales, la distinction presque mathématique établie entre ses divers principes. La rigueur de la méthode du droit ancien est telle que l'on pourrait croire qu'il n'a pas appartenu partout à la vie pratique, qu'il a été inventé plutôt dans un but didactique, comme un droit d'école, comme une espèce de mathématique du droit. Cette idée est juste, au moins en ce sens que nulle part l'école n'exerça une pareille puissance sur la vie, que nulle part elle ne sut la soumettre à un régime aussi magistral que dans l'ancienne Rome (III, 92).

Des deux manifestations de l'art juridique, que nous venons de nommer, l'analyse est de beaucoup la plus importante. Nous l'étudierons en premier lieu.

I. *Analytique du droit.*

Jurisconsulti... quod positum in una cognitione est, id in infinita dispertiuntur.
CICÉRON de leg. II c. 19.

59. La genèse mosaïque fait commencer la création du monde par une séparation : au commencement Dieu sépara la terre et les cieux, le sol et les eaux, la lumière et les ténèbres. La genèse juridique du droit romain a les mêmes commencements : ses premiers jours sont voués à une œuvre de séparation et d'analyse. Le hasard n'y fut pour rien; ainsi devait commencer l'art juridique, non point parce que tout développement physique ou intellectuel doit tout d'abord procéder par une séparation, mais parce que la jurisprudence avait à connaître d'abord les éléments simples du droit avec lesquels elle allait avoir à opérer plus tard (§ 44). Il fallut trouver l'alphabet avant de songer à lire et à écrire.

Ayant acquis le sentiment exact de l'absolue nécessité de cette tâche, la jurisprudence s'y consacra avec toute son énergie. L'idée d'analyse fut à peu près son unique idée, mais elle sut la grandir étrangement. Elle en eut la conception claire et nette. Elle y puisa la conscience de sa propre valeur, comme elle y trouva la conscience de son art. Elle se consacra sans trève à mettre en relief cette idée unique. L'art de la jurisprudence ancienne, c'est l'art de la séparation. C'est là que cette première période emprunte son importance et sa valeur, c'est là ce qui la distingue des époques de développement de la science juridique. L'analyse n'est pour la science arrivée à son développement qu'une branche isolée, peu saillante même, de son travail propre. Elle absorbe toute l'activité de la jurisprudence an-

cienne. J'ai donc du aborder ici l'exposition de la méthode analytique de la jurisprudence romaine, non seulement de l'ancienne, mais de la jurisprudence romaine en général. Ici, en effet, elle se montre pour la première fois dans l'histoire, pour la première fois elle y devient *visible*, elle étend partout ses branches les plus exubérantes. L'époque postérieure n'a plus eu qu'à en récolter les fruits : nous les examinerons en même temps ici, pour ne plus devoir y revenir, dans le troisième système, en traitant de la jurisprudence nouvelle. Pour un seul point nous aurons encore à nous occuper alors de la méthode analytique; c'est quand nous parlerons du changement qui s'accomplit à l'époque postérieure quant à sa forme extérieure.

Nous ne devons ni ne pouvons appuyer ce qui précède sur des témoignages directs émanés des juristes romains. Le droit ancien suffit amplement à étayer notre opinion. Cicéron cependant nous fournit un renseignement précieux dans le passage que nous avons choisi comme épigraphe. Ces paroles qui élèvent un blâme contre la jurisprudence, dénotent l'absence du sens juridique de leur auteur, mais en attestant l'impression que produisait sur lui la littérature juridique, elles rapportent, comme observation de fait, le jugement le plus intéressant sur la jurisprudence ancienne et qu'à aucun prix n'auraient dû négliger nos historiens actuels du droit. « Les jurisconsultes » divisent en une infinité de fragments, ce qui repose sur une » seule idée. » Le reproche frappait droit les contemporains de Cicéron, mais il atteignait de plusieurs siècles en arrière leurs prédécesseurs. L'époque ancienne avait légué la plupart des divisions qui se rencontraient dans les écrits des premiers; elles appartenaient au droit plutôt qu'à l'école; elles étaient, comme les actions par exemple, moins des idées théoriques que des unités pratiques. Cicéron considérait comme un vice de la science juridique de son époque ce qui n'était que l'esprit analytique du droit romain. Pour n'avoir pas tenu compte de la différence radicale qui existe entre le point de vue qui doit

diriger les analyses du philosophe et celles du juriste, il en est arrivé à imputer à blâme à la jurisprudence ancienne ce qui constitue la loi de vie du droit, ce qui fera son éternel et impérissable honneur. Le reproche serait fondé si dans ses divisions la jurisprudence avait perdu de vue le but pratique à atteindre, si elle s'était laissée emporter par un amour immodéré de division dialectique, cette plaie des époques d'impuissance scientifique. Le droit ancien de Rome échappe à ce reproche. Quelque multiples que soient les divisions que l'on y rencontre, quelque subtilité même que l'on puisse y trouver au premier abord, toutes trouvent leur justification dans un motif pratique; la suite de cet ouvrage le démontrera. Du reste, à l'époque de CICÉRON, il s'était déjà opéré dans la méthode une évolution qui assignant à la science d'autres buts, lui transfusant des idées neuves et mettant à sa disposition des moyens nouveaux, avait mis fin à son esprit d'analyse. Comme nous l'avons remarqué déjà, ce sont précisément la pauvreté d'idées du droit ancien et son peu d'étendue qui ont puissamment aidé le développement de l'art analytique à Rome. Nulle part il n'a plus magistralement résolu, plus clairement démontré le problème du droit. Ce dernier point est digne de remarque. Il est certains problèmes dont une solution exacte peut être donnée sans que rien vienne révéler la marche qui a été suivie pour y aboutir. Il est des solutions, au contraire, que l'on voit surgir et se faire peu à peu : la marche suivie, le but à atteindre, les résultats obtenus, les procédés mis en œuvre, tout y apparaît clair et évident. Ainsi procède la méthode analytique du droit ancien. Semblable à une machine dont on verrait tous les rouages intérieurs au travers d'un verre, elle fonctionne sous nos yeux, comme si son mécanisme avait été fait pour l'enseignement de l'école. Ce qui se fait ailleurs purement par la voie de la pensée, elle le réalise dans la forme d'une organisation extérieure et visible. Dans la procédure ancienne, on voit l'acte juridique se présenter pour ainsi dire sous le couteau qui doit le diviser. C'est à cause de cette visi-

bilité de la procédure que je veux commencer par elle. Nous examinerons successivement :

I. L'ANALYSE CONCRÈTE, c'est-à-dire l'analyse des rapports juridiques concrets :
  A. DANS LA PROCÉDURE : nous étudierons :
    1. *Le mécanisme analytique de la procédure, en général* (§ 60).
    2. *L'attaque ou l'action* (§ 61).
    3. *La défense* (§ 62).
  B. DANS L'ACTE JURIDIQUE (§ 63).

II. L'ANALYSE ABSTRAITE ou l'analyse appliquée aux idées, ce qui comprend :
  1. LA STRUCTURE ANALYTIQUE DES DROITS (§ 64).
  2. L'ANALYSE DE LEURS CONDITIONS LÉGALES (§ 65).

A. *La procédure.*

1. *Mécanisme analytique de la procédure.*

Développement relativement précoce de la procédure. — Participation de l'idée d'analyse à l'organisation de la procédure romaine antique. — Division obligée des actions. — Fixation du moment de la litiscontestation. — Idée de la césure du procès.

> *Illud enim video in hoc foro fieri.. separantur actiones et de eo agimus, et de eo nobiscum agitur. Non confunditur formula, si qui apud me pecuniam deposuerit, idem mihi postea furtum fecerit et ego cum illo furti agam et ille mecum depositi... Lex legi non miscetur, utraque sua via it, depositum habet actionem propriam tam mehercule quam furtum.*
>
> SENECA de benef. VI, 5, 6.

60. A quoi bon le mécanisme de la procédure civile? Pour-

quoi la loi juge-t-elle opportun d'édicter des dispositions sur la procédure? Ces dispositions ne peuvent évidemment avoir d'autre but que de favoriser la manifestation de la vérité; elles établissent à cet effet la voie la plus sûre. Mais pourquoi l'imposer aux parties? Leur propre intérêt ne la leur indiquerait-il pas? Il semble donc que la marche légalement réglée des débats judiciaires et la fixation par la loi des règles sur les jugements, que la procédure en un mot, ne soit qu'une conséquence de la théorie de la tutelle de l'Etat.

L'expérience démontre bientôt l'erreur d'une pareille opinion. Administration de la justice et ordre légal dans les débats judiciaires sont synonymes. Vanter la liberté des débats, c'est proclamer la liberté de l'arbitraire et de la partialité chez le juge, c'est préconiser la liberté de la chicane, c'est vouloir introduire l'obscurité et la confusion dans les procès. Si les parties étaient aussi désintéressées que le juge dans la recherche de la vérité, le droit n'aurait rien à prescrire ni à prohiber. Mais si l'intérêt du demandeur est de découvrir la vérité, celui du défendeur est de l'en empêcher. L'un et l'autre ne désirent la vérité que dans la mesure de leur intérêt propre. Cela seul rendrait nécessaire une règlementation de la procédure, sans parler d'autres considérations qui la commandent.

La procédure est donc une nécessité. Comme toutes les institutions, ses avantages sont balancés par des inconvénients, onéreux souvent, exorbitants même parfois, surtout lorsque son organisation est vicieuse. Rien de plus aisé que de la peindre sous des couleurs qui doivent la rendre odieuse aux ignorants. Il n'est même pas nécessaire, pour cela, de charger le tableau. Il n'y a nulle exagération à définir la procédure : une institution qui augmente et multiplie les difficultés de la poursuite du droit, puisqu'elle ajoute aux questions matérielles de la contestation, les questions formelles de la conduite du procès. Elle restreint et entrave le juge dans la recherche de la vérité; souvent elle le contraint à rendre un jugement contraire à sa conviction. Elle donne des armes à l'injustice contre le

droit; elle parsème ses prescriptions de forme de pièges et de chausse-trappes dans lesquels, souvent, là cause la plus juste vient se prendre. Tout cela est vrai et ne suppose même pas une organisation particulièrement vicieuse; cela résulte de l'idée même de la procédure. Mais cette circonstance, précisément, est la meilleure justification de la procédure, car combien ne doivent pas être précieux ses avantages, pour qu'à ce prix là on ne les ait pas cru trop chèrement achetés. Il suffirait pour se convaincre encore mieux des avantages d'une règlementation légale de la procédure, si imparfaite qu'elle soit, d'imaginer ce qui arriverait s'il n'y en avait aucune. Je dis d'imaginer, car l'histoire de tous les peuples ne nous en fournit aucun exemple.

Tout peuple, au commencement de son histoire, a dû payer chèrement cette expérience de la nécessité de la procédure; c'est même une des premières épreuves qu'il ait eu à traverser, car *la procédure appartient aux institutions juridiques qui se développent les premières* (1). L'histoire ne nous montre encore que les contours vagues des notions du fond du droit, que déjà nous rencontrons la procédure revêtue d'une forme perfectionnée et précise; elle forme un des plus anciens objets de la législation (T. III, p. 334). Mais plus tard, que de changements! Les lois matérielles paraissent, et éclipsent les lois de procédure; le fond du droit marche de progrès en progrès, la procédure s'attarde.

Pourquoi? Ne nous étonnons pas de voir ainsi la procédure briller à l'aurore de l'histoire. Ce sont la réflexion et le calcul qui ont enfanté la procédure; l'on ne saurait en douter: car on aura beau soutenir que les peuples en naissant ont apporté dans le monde leurs notions de droit, encore faudra-t-il

(1) En dehors du droit romain je citerai l'Islande (V. K. Maurer, *Die Graagans,* article de Rive dans Pözl, *Krit. Vierteljahrschrift,* VII, p. 66), et l'Angleterre (V. Gundermann, *Engl. Privatrecht,* I, p. 54).

admettre, pour la procédure, qu'avant d'arriver à la vérité il a fallu passer par bien des tâtonnements et par bien des essais. Aussi les réformes de procédure sont-elles les plus anciennes que mentionne l'histoire : elles marquent précisément les périodes de recherches. Plus tard ces réformes deviennent plus rares tandis que les changements dans le fond du droit se multiplient : en matière de procédure la vérité trouvée met fin aux recherches. Les changements dans les idées d'un peuple, les transformations qui s'opèrent dans sa vie, influent moins sur la procédure que sur les institutions du fond du droit; les idées morales y sont hors de cause, le tout s'y réduit à une question d'opportunité. Sans la réaction des changements politiques dans l'organisation judiciaire, la procédure formulaire aurait probablement pu subsister encore pendant des siècles à Rome.

Deux faits caractérisent la prépondérance de la procédure dans la période de l'enfance du droit. La précocité relative, et l'énergie de son perfectionnement, d'abord : sous le rapport formel, richesse, variété des *formes* de la procédure; sous le rapport matériel, rigueur dans l'application des principes. Sous les deux rapports on peut dire que la procédure ancienne tombe plus sous les sens que la procédure moderne : l'époque était plus rude, les nerfs étaient moins sensiblement affectés par certains froissements de la procédure (j'entends parler de ces inconvénients inévitables que j'ai indiqués plus haut). Dans tous les cas, les froissements sont devenus moins pénibles, la machine de la procédure s'est perfectionnée, comme toutes les autres machines. Le fond du droit, en second lieu, vient témoigner de la prépondérance de la procédure, en donnant une tournure propre à toutes ses dispositions qui touchent à la procédure [2]. Nulle aujourd'hui, alors cette influence était très-puissante; les rayons qui illuminaient d'abord la procédure, reflètaient leur lumière sur les dispositions du fond du

[2] Sur ce qu'il faut entendre par là, v. les deux paragraphes suivants.

droit qui la concernaient, laissant les autres institutions dans l'ombre (³).

Ici se place pour le droit nouveau un phénomène particulier : la procédure change, mais les règles du fond du droit créées par elle, ou calculées pour elle, se conservent encore un certain temps par la force de la tradition; tels les sommets de ces hautes montagnes, qui restent encore un certain temps éclairés après que le soleil a déjà disparu sous l'horizon. Celui qui ignore cet état particulier des choses sera aisément induit en erreur par ce phénomène; en vain il s'épuisera à chercher la source de lumière. Pour tout exemple je renvoie à l'explication du principe : *impensae necessariae dotem ipso jure minuunt* (§ 62).

L'organisation de la procédure est une question d'opportunité ou de politique législative. Mais si le *but* de la procédure consiste dans une analyse du rapport juridique, il ne s'ensuit nullement que l'idée d'analyse doive exercer sur son organisation une influence déterminante, que le mécanisme de la procédure même doive être analytique. Notre procédure actuelle, par exemple, dans sa structure, ne sacrifie plus rien à ce but analytique : ce but est réalisé grâce à l'intelligence du juge sans qu'aucune organisation extérieure vienne encore y aider. Qu'il s'agisse du rapport juridique le plus embrouillé, que les prétentions les plus contradictoires essaient de se faire valoir, la procédure, de nos jours, ne fournit pas au juge le moindre fil pour se guider dans ce dédale. Il n'y a d'autre garantie qu'il en sorte que sa connaissance du droit, dont l'Etat commence par exiger des preuves; mais s'il est incapable, la

(³) La démonstration de la corrélation originaire du fond du droit avec la procédure, et du relâchement insensible de ce lien, serait une des recherches historiques les plus intéressantes. Mais elle ne pourrait évidemment être restreinte au droit romain; elle devrait s'étendre aux législations modernes. Un pareil livre serait de la plus grande utilité pour la véritable connaissance du droit.

procédure ne le contraint à aucune analyse, rien ne l'empêche de jeter partout le trouble et la confusion.

Mais, se demandera-t-on, la procédure pourrait-elle donc forcer le juge à analyser? Et si l'on pouvait inventer un mécanisme de procédure qui dispensât le juge d'analyser, ou qui lui facilitât seulement la besogne, ne faudrait-il pas, de nos jours même, l'adopter? Peut-être... mais peut-être aussi le sacrifice serait-il trop grand à nos yeux.

Les Romains ont trouvé ce mécanisme, ils s'en sont servi pendant des siècles. Il repose sur le principe énoncé par Sénèque dans l'épigraphe de ce chapitre : dans tout procès il ne peut être traité que d'une seule demande; lors donc qu'un rapport juridique renferme plusieurs demandes, il doit être scindé en autant d'actions et de procès distincts qu'il y a de demandes. Jamais, comme le permet notre droit actuel, un pareil rapport ne pourra être soumis, comme tel, à l'appréciation du juge, dans une seule et même action judiciaire. Le mécanisme de la procédure romaine ne s'applique qu'à des corps simples, il n'a pas de prise sur les corps composés. La séparation ne se faisait pas, comme chez nous, *pendant* le procès, elle s'opérait *en dehors* du procès et *avant* l'introduction de l'action; ce n'était pas le juge, mais le *demandeur* qui l'effectuait. La nécessité de cette séparation avant le procès rentrait dans le système des actions romaines. Nulle chose ne pouvait venir devant le juge, autrement que sous la forme de l'une des actions existantes. Mais celles-ci n'étaient point, comme la stipulation, de pures formes de revêtement pour un contenu concret quelconque auquel elles s'adaptaient élastiquement; c'étaient des types raides et immuables, différents d'après la nature de la demande, ne convenant que pour un contenu qui avait exactement la grandeur et la mesure; c'était une armure de fer endossée pour paraître au tournoi de la procédure, et dans laquelle ne se mouvait à l'aise que celui qui n'avait ni un pouce de plus, ni un pouce de moins. Une action sans cette forme était une impossibilité. — Il n'y avait point

d'*action* dans le sens absolu, il n'y avait qu'un nombre déterminé d'*actions* (III, 339); mais comme chaque action n'était que l'expression de procédure d'une demande *simple* conçue abstraitement (§ 61), il s'en suivait nécessairement que toute demande concrète qui y avait trouvé place s'était précisément par cela même signalée comme *simple*.

Toute action était une question adressée au juge (*judex* dans le sens romain), et même, ainsi que nous l'avons vu, une question *unique* [4]; autant de questions, autant de procès. La question portait non sur des faits isolés, comme dans nos interlocutoires d'admission à preuve, mais sur l'*existence de la demande* [5]; une autre solution de la question, à l'instar des questions posées à nos jurés actuels, était inconnue à Rome. La forme primitive de la question était celle d'une question *suggestive*, c'est-à-dire que le juge pouvait et devait y répondre par oui ou par non *(intentio certa)*; la forme du jugement lui était ébauchée par les conclusions des deux parties, de sorte qu'il n'avait qu'à choisir entre les deux projets de jugement proposés par ces dernières *(sacramentum justum — injustum esse, rem actoris esse, non esse, dare oportere, dare non oportere, etc.)*. Il en résulte que le montant de la demande, lorsque la condamnation tendait au paiement d'une somme d'argent, et non à la dation ou restitution de la chose même, devait être évalué dans l'action; le laisser indéterminé *(intentio incerta)* et demander simplement: *Quidquid N. N. ob eam rem Ao. Ao. dare facere oportet*, répugnait absolument au système originaire

(4) Suivant Cicéron, il en était de même des questions soumises au Sénat, de legib. III, 4, 11 : *ne plus quam de singulis rebus simul consulunto.*

(5) Dans la procédure formulaire : *formula in jus concepta : rem actoris esse, jus esse eundi, — dare oportere*, etc. ; Gaius IV, 41, 45. (Les *actiones in factum conceptae* (ib. 46) sont d'origine postérieure. V. 3e système). Dans la procédure criminelle anglaise, la question aux jurés est également conçue *in jus :* coupable ou non coupable.

des questions de procédure, et aurait été notamment inconciliable, d'une façon absolue, avec la forme du jugement dans la procédure *per sacramentum*.

De ce qui précède nous pouvons tirer les conclusions suivantes : l'analyse du rapport juridique qui chez nous est seulement recommandée au juge, était dans la procédure romaine une nécessité imposée par l'institution même. Cette nécessité, il est vrai, n'était directement imposée, par les actions, qu'au demandeur, mais le but tout entier de l'institution aurait été faussé si le défendeur n'avait été soumis à cette même loi : *une demande, une action*. Toute question étrangère était proscrite de quelque part qu'elle vînt. Nul grief n'était infligé au défendeur parce que dans sa défense il devait uniquement rencontrer la question soulevée par le demandeur et devait pour ses contre-prétentions recourir à une instance particulière. Le demandeur subissait le même sort quant à toutes les autres actions qui pouvaient lui revenir pour atteindre son but. L'action limitait rigoureusement et l'examen du juge, et la défense du défendeur; nul biais possible; nul acquiescement conditionnel ou sous réserves; nul autre choix qu'un oui ou un non catégorique.

Après avoir ainsi tracé les contours généraux de la structure analytique de la procédure romaine, nous allons dans les paragraphes suivants entrer dans des explications et des démonstrations qui complèteront le tableau. Nous sommes loin d'avoir épuisé l'analytique de la procédure romaine : mais pour fournir une impression d'ensemble, et n'être pas arrêté par des recherches de détail, force était d'exposer le sujet d'un seul trait. A la fin de ce travail seulement nous pourrons aborder la question de la valeur de l'organisation romaine et de son application possible à notre droit actuel.

L'idée de fixer l'attention du juge sur un point unique, qui donna naissance au système romain des actions, fut encore,

à un autre point de vue, féconde en résultats heureux pour la procédure romaine. Il s'agit de l'attention que le juge avait à accorder à l'*état de l'objet litigieux* pendant le cours du procès. Si l'objet litigieux subit des changements pendant le procès, s'il s'accroît, s'il diminue ou disparaît, s'il augmente de valeur ou s'il se déprécie, s'il passe en d'autres mains, il y a lieu de se demander de quelle manière il sera frappé par la sentence du juge. Si celui-ci doit tenir compte de toutes ces modifications, tout le cours du procès, peut-être, en sera troublé. Il en est ainsi dans toute recherche dont l'objet est exposé à changer, à dépérir ou à disparaître. Toutes les dispositions déjà prises viendront à tomber, de nouveaux débats devront surgir, des points déjà vidés seront remis en contestation. Le droit nouveau a reculé devant ce danger; il a obéi à l'équité qui commandait de tenir compte des changements survenus. Le droit ancien est resté fidèle à lui-même, il a fait céder l'équité devant l'intérêt de l'ordre public; il considère comme non avenus tous les changements qui peuvent s'être produits dans le cours des débats. Le juge n'a à tenir compte que du moment unique où le procès commença *devant lui;* c'est le moment de la litiscontestation. La question qui lui est adressée l'exprime formellement; elle est conçue au présent : *rem, jus actoris esse, dare facere oportere,* donc pour le moment même où elle est faite.

L'état de la chose à ce moment formera la base de tout le débat. Au moment du jugement, le juge ne se place pas au point de vue présent, en tenant compte des modifications survenues à la chose. Il remonte au moment de la litiscontestation, sans jeter un regard au delà ni en deçà. Cette manière de procéder contient un cas d'application de la méthode analytique. Au premier abord, cependant, la chose ne paraît pas évidente. L'action procède vis-à-vis des conditions légales de la demande de la même manière que vis-à-vis du rapport juridique. Dans l'un et l'autre cas elle détache un fragment d'un tout. Ici, elle prend ce fragment dans un tout d'*idées,* là, elle le saisit dans

un tout de *temps;* dans le premier cas, elle s'occupe des conditions légales de telle demande déterminée, dans le second cas, elle a en vue le moment fugitif de la litiscontestation. Semblable à l'image photographique, ce moment passager est saisi et fixé : l'objet pourra changer désormais, le juge s'en tiendra à l'image fixée au moment déterminé. Commencée avec l'introduction de la demande, l'analyse ne fait ainsi que se continuer. De l'ensemble du droit des parties, elle a déjà séparé les conditions légales de la demande ; de celles-ci elle va encore détacher un moment d'existence. Cette façon de procéder, en s'en tenant à certains points déterminés, est, nous le verrons plus tard, tout aussi rigoureusement observée par le droit ancien dans l'acte juridique; le droit nouveau remplace dans les deux cas le *moment* de temps, par l'*espace* de temps.

C'est surtout au point de vue du litige même qu'il convient de fixer l'objet du débat. Deux hypothèses se présentent : ou bien jusqu'au moment du jugement le litige restera flottant et variable dans ses directions ; ou bien, dès le principe il recevra une forme fixe, une voie toute tracée. Dans le premier cas, tout ce qui se fera, jusqu'au jugement, sera encore fait en temps utile. Rien ne se fait, pourrait-on dire, pendant le procès; on ne fait que préparer une chose qui doit arriver, on rassemble des matériaux en vue du jugement. Peu importe qu'à tel moment du procès des assertions isolées et des preuves viennent à disparaître, jusqu'à la conclusion du litige il y aura place pour toutes les modifications imaginables, et encore cette conclusion ne sera pas amenée par la terminaison réelle du débat, elle dépendra du simple vouloir du juge. Cette première hypothèse, on le voit, constitue une impossibilité. Elle ferait dégénérer le litige *(lis)* en une dispute déréglée *(jurgium),* elle le ferait monter, descendre comme la marée, sans avancer d'un seul pas. Une partie produirait une articulation nouvelle, passée sous silence jusqu'alors, par pure chicane peut-être, le juge reconnaîtrait que la procédure a suivi une fausse voie, il n'en faudrait pas plus pour que tout fût remis en question au dernier moment.

Voilà pourquoi la procédure devait suivre un ordre déterminé. Voilà pourquoi une discipline du litige était nécessaire. Il fallait imposer certaines bornes aux parties, il fallait les garantir en même temps contre l'arbitraire et la partialité du juge, et contre les chicanes de l'adversaire, conséquences inévitables de l'absence de règles dans la procédure. La discipline du litige impose à la procédure une marche déterminée, elle assigne à chaque acte sa place et son temps; toute négligence entraîne nécessairement la forclusion. La procédure avance toujours *(pro-cedere),* sans jamais être exposée à devoir recommencer le chemin parcouru.

L'action de la méthode analytique se montre dans la division du procès en périodes successives. Chacune d'elles a son importance et son effet propres, le résultat de la précédente devient la base de la suivante. Le litige se résoud fragment par fragment. C'est la césure trouvant son application dans le procès.

De tous temps, la procédure romaine a connu trois césures. La première marque la période des actes préparatoires et de la fixation du point litigieux. Elle se termine par la litiscontestation (procédure *in jure*). La deuxième comprend la période des débats devant le juge (*judex* dans le sens romain), et prend fin par le jugement définitif qui intervient (procédure *in judicio*). La troisième enfin signale la période de l'exécution. Dans chacune de ces périodes, la demande se présente dans un état autre. Elle se présente tout d'abord dans sa forme originaire, antérieure au procès; la litiscontestation lui imprime ensuite un cachet déterminé, et dans la troisième période enfin elle apparaît dans l'état qu'elle a acquis par le jugement. Les juristes romains ont très exactement saisi ces distinctions, et ils les expriment ainsi, en matière d'obligations: *ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem condemnari oportere, post condemnationem judicatum facere oportere* (6).

(6) Gaius III, § 180.

Passons maintenant à l'explication approfondie du caractère analytique des actions romaines.

---

2. *Les actions.*

Exemples. — Impossibilité du cumul des actions. — La loi de division des actions. — Découverte de cette loi par voie d'induction. — Identité ou individualité des actions en matière de propriété, d'obligation et de droit héréditaire. — Exemples de l'application de cette loi.

> *Majores nostri subtilissimo animo et divino quodam motu ad actiones et earum jura pervenerunt.*
>
> JUSTINIEN, L. 12. Cod. de praesc. longi temp.
>
> (7-33)

61. Dans la théorie du droit romain, comme dans la pratique des pays où il est encore en vigueur, les actions jouent, nominalement au moins, un grand rôle. Si cependant elles devaient renaître telles qu'elles furent autrefois, bien des protestations se feraient encore entendre pour les repousser. Quel est l'homme auquel on aurait volé sa voiture, qui s'imaginerait encore aujourd'hui de la réclamer au tiers possesseur en suivant la marche tracée par le droit romain? Il lui faudrait réclamer par des revendications spéciales le cheval, la voiture et chacune des choses qui se trouvaient dans cette dernière; il lui faudrait même si le possesseur avait uni une partie de la voiture avec ses choses à lui, intenter tout d'abord et par dessus le marché, une *actio ad exhibendum*. Peu familière à nombre de praticiens, pareille idée ne leur viendra guère. La théorie même qu'ils donnent des actions *romaines*, n'a souvent rien de romain. Aucun juriste romain ne reconnaîtrait, par exemple, une action de servitude tendant à la fois à la reconnaissance de la servitude, au paiement de dommages-intérêts et à la

constitution d'une caution en vue de troubles ultérieurs [7]; il ne verrait là qu'un produit abâtardi d'idées romaines et modernes. Opposons-y pour le contraste, des actions véritablement romaines. Quelqu'un a arbitrairement changé sur son fonds le cours des eaux pluviales, au détriment de son voisin; comment celui-ci fera-t-il reconnaître son droit? Le juriste PAUL va nous l'apprendre [8]: il fallait recourir à quatre actions! La première *(act. aquae pluviae arcendae)*, tendait à faire disparaître l'innovation; par la deuxième *(interd. quod vi aut clam)* on réclamait des dommages-intérêts du chef du préjudice souffert jusqu'à ce moment; une troisième (action du chef de la *cautio damni infecti* à imposer au défendeur), visait les modifications à venir *après* le jugement et enfin une nouvelle *act. aq. pl. arcendae* portait spécialement, le cas échéant, sur les changements faits au cours du procès [9].

Mieux que de longues explications cet exemple donnera au lecteur un aperçu du caractère analytique des actions romaines. Nous ajouterons une série d'autres exemples, non pour renforcer cette impression, mais parce qu'ils nous viendront à point dans la suite.

Ne perdons pas de vue que la nature rigoureusement analytique de maintes actions s'est effacée dans le droit nouveau. Cela provient de ce qu'elles ont été étendues à des espèces inconnues dans le droit antérieur, ou à des espèces protégées par des actions spéciales. Les actions dirigées contre le possesseur comme tel, peuvent aussi être intentées contre celui qui a doleusement délaissé la possession. C'est là, on le sait, un principe du droit nouveau; et si même les sources ne nous l'attestaient d'une manière formelle, encore devrions-nous l'admet-

---

(7) V. PUCHTA, § 190, *(act. confess.)*, § 172, *(act. negatoria)*.

(8) L. 14, § 2-4 de aq. pl. (39-3).

(9) Il y avait même une cinquième action dans le cas d'aliénation du fonds par l'auteur de l'innovation. L. 3, § 2 de alien. jud. (4-7).

tre pour d'autres motifs, car cette transformation d'une action réipersécutoire en action pénale [10] est une impossibilité au point de vue du droit ancien. Celui-ci maintient une distinction si rigoureuse entre les deux actions que même dans des délits où deux actions naissent du même fait, par exemple, dans le vol (*actio furti* et *condictio furtiva*), il ne permet point de les confondre. Pour le droit ancien l'*actio mixta* constitue une difformité, une faute contre les principes élémentaires de sa technique [11]. Il est vrai que l'*actio vi bonorum raptorum* introduite par l'édit du Préteur, réunit ces deux fonctions, mais cette fusion ne s'est accomplie qu'à une époque postérieure. On s'en convaincra en examinant les textes [12]. La protection accordée contre les aliénations doleuses dans les actions dirigées contre le possesseur comme tel, laquelle est devenue dans le droit nouveau une partie de l'action même, et qui n'existait pas dans le droit ancien, a été introduite suivant l'histoire, par le Préteur, sous la forme d'une *act. in factum propter alienationem judicii mutandi causa factam.*

Le hasard seul nous a livré en cette circonstance le secret de la transformation de l'action; mais dans combien de cas, cette transformation ne s'est-elle pas opérée par la voie d'une interprétation plus libre, et ne nous a-t-elle pas complètement

---

(10) C'est bien le cas ici, arg. L. 7 de alien. jud. (**4**-7), conf. L. 4, § ult. L. 5, 6 ibid. L. 42. L. 52 de rei vind. (**6**-1).

(11) Bethmann Hollweg, *Röm. Civilpr.*, I, p. 174, veut voir dans l'*act. arborum furtim caesarum* de la loi des XII tables, une *actio mixta;* mais à mon avis, il résulte de la L. 6 pr. de arb. furt. (**47**-7), qu'elle était une pure action pénale. Dans la double taxe des arbres, le propriétaire n'obtenait pas un équivalent pour ceux-ci, car la condition tacite de l'action était qu'ils étaient restés sur son fonds : dans le cas contraire il y aurait eu *furtum*, donnant lieu à l'*actio furti* tendant au double, et à la *condictio furtiva*.

(12) Je citerai uniquement, Gaius, IV, 8. L. 1 vi bon. (**47**-8), cf. L. 8, § 26 ibid.

échappé? [15]. On fera donc chose sage et prudente, en usant d'une critique approfondie, avant d'attribuer au droit ancien toute action dans la forme avec laquelle le droit nouveau nous l'a transmise.

L'exemple ci-dessus de l'*act. pluv. arc.* se rattache de près à une série de cas dans lesquels il s'agit de la reconnaissance d'un droit réel auquel un trouble a été apporté (possession, propriété, servitude). Ici encore l'action ne tend pas à la réparation du dommage causé par le trouble [14], mais uniquement

(13) Par exemple, celui qui a une servitude peut, d'après l'opinion des juristes classiques, imposer les réparations nécessaires du chemin, L. 4, § 5, si serv. (**8**-5), tandis que l'Edit avait pour ce cas jugé un interdit particulier nécessaire, dans lequel la preuve à fournir était, non plus facile, mais plus rigoureuse, qu'elle ne l'aurait été avec cette action, (preuve du *droit* et de son exercice). L. 3, § 11, 16, L. 4 de itin. (**43**-19).

(14) *Interd. uti possidetis:* arg. L. 3 de interd. (**43**-1), L. 8, § 4 de prec. (**43**-26), L. 3, § 11 uti poss. (**43**-17). D'après SAVIGNY, Possession. (§ 39), la réparation du dommage causé dans le passé ne souffre aucune difficulté dans l'interdit *utrubi;* quant à l'interdit *uti possidetis* (§ 38), il invoque ce dernier texte qui parle uniquement du *quanti interest possessionem* RETINERE c'est-à-dire de l'*interesse* de la possession actuelle. Cela démontre combien même les coryphées de notre science sont loin d'avoir l'intelligence exacte du système romain des actions. Quant à la *reivindicatio,* il serait difficile, à moins de n'avoir pas la moindre idée des formules romaines, de croire qu'une action avec l'*intentio : rem meam esse* ait jamais pu avoir pour objet le paiement de dommages-intérêts pour des faits accomplis. Peu importait en matière de revendication que le défendeur eût *lésé* la chose avant le commencement du procès, il fallait plutôt de ce chef intenter l'*act. legis Aquiliae;* il n'y avait que ses actes *pendant* le procès qui tombaient, grâces à l'obligation née du procès, sous le coup de la *reivind.* Celle-ci différait même essentiellement, sous ce rapport de l'*act. leg. Aq.* (V. L. 27, § 2 de reivind. **6**-1). Il en est de même de l'*act. conf.* et *negat.,* aucun des textes que l'on invoque pour l'opinion contraire ne décide le point, seul relevant, de savoir au moyen de *quelle action* le droit incontestable à des dommages-intérêts pouvait être exercé ; les expressions *fructus* et *quod interest,* (par exemple, *servitute non* PRO-

à la reconnaissance du droit laquelle, en fait, avait pour conséquence nécessaire la restitution de la chose. Elle tend en outre, à partir du moment de la litiscontestation, aux fruits; expression sous laquelle la tendance spiritualiste d'une époque postérieure comprenait aussi les intérêts (T. II, p. 109, III, p. 122). C'est d'après moi, un principe du droit nouveau, que la *reivindicatio* pouvait aussi porter sur les fruits perçus dans le passé. En présence d'un possesseur de mauvaise foi, de la part duquel la perception des fruits comportait un *furtum nec manifestum* ([15]), le revendiquant aurait commis une faute grossière en l'actionnant par l'action principale en paiement du montant simple, alors qu'il pouvait le faire condamner au double au moyen d'une action spéciale pour délit, mais l'eût-il même voulu, il n'en avait pas le droit, ni vis-à-vis du possesseur de mauvaise foi, ni vis-à-vis du possesseur de bonne foi, ainsi que nous le verrons plus tard ([16]). C'est à la *reivindicatio* que nous avons emprunté les deux exemples caractéristiques par lesquels nous avons commencé ce paragraphe. La chose à revendiquer devait être extérieurement indépendante de toute autre : c'était la condition indispensable pour qu'il pût y avoir lieu à revendication. Cette action supposait la séparation

HIBERI, L. 4, § 2 si serv. **8**-5 et non *prohibitum esse*) se rapportent à l'époque du procès, V. IHERING, *Schuldmoment*, p. 26. Tel était le but de l'*interd. quod vi aut clam* et de l'*act. legis Aquiliae*. (L. 27, § 7-11, § 25, 26, 31, 33 ad leg. Aq. **9**-2), le cas échéant, de la *cautio damni infecti* et de l'*operis novi nunciatio*.

([15]) La disposition de la loi des XII tables que le défendeur succombant (sans distinction de sa bonne ou mauvaise foi) doit restituer le double des fruits s'explique par l'idée du *furtum*. FESTUS, V° Vindiciae. V. dans la L. 15 de usur. (**22**-1), la reconnaissance de ce point de vue en droit nouveau.

([16]) A l'occasion de la question de la propriété des *res nec mancipi*. V. L. 3, Cod. de cond. ex lege (**4**-9).. *de consumtis vero condictione conventus*. L. 18 de exc. (**44**-1).

complète de la chose d'avec toute autre chose étrangère à laquelle elle pourrait être unie. Cette séparation, elle ne pouvait la provoquer elle-même; une *act. ad exhibendum* spéciale, pouvait seule l'amener. D'autre part, lorsqu'il existait plusieurs objets indépendants l'action devait être dirigée vers chacun d'eux en particulier ([17]). En d'autre termes, elle était régie par cette règle : *autant d'objets, autant de revendications.*

Le droit des obligations nous fournit à son tour deux exemples de division des actions. Rien n'empêcherait aujourd'hui un juge d'admettre l'action d'un co-associé intentée après la dissolution de la société et tendant à la fois au partage de la masse commune et à l'exécution d'obligations nées de la société; un juge romain n'aurait pu accueillir cette action. Il eût fallu deux actions : l'*act. pro socio* et l'*act. communi dividundo* ([18]). D'après le droit romain, le prêt comme contrat réel a pour objet unique le capital prêté; la promesse d'intérêts forme un pacte spécial (stipulation); il suit de là que tant que tous deux n'ont pas été transformés en une seule obligation au moyen d'une stipulation commune, il fallait également deux actions.

Quelques mots suffiront pour justifier l'importance pratique de la division des actions. Le lecteur le sait déjà, chacune de ces actions équivalait à un *procès spécial*, et ne représentait pas seulement comme chez nous, un droit matériel spécial. Pour nous aussi il s'attache un grand intérêt à la distinction

---

([17]) L. 3, § 1 de reivind. (**6**-1). *Armamenta navis singula erunt vindicanda* (L. 56, ibid.) et (en distinguant entre les actions personnelles et la *reivind.*). L. 2, § 26 vi bon. raptor. (**47**-8)... *singulae res*. Sur le traitement du troupeau v. plus loin. Cependant cette règle n'était pas aussi rigoureuse pour la procédure formulaire que pour celle des actions de la loi. V. note 23.

([18]) L. 43 pro socio (**17**-2). Il en est de même en matière de droit héréditaire du rapport entre l'*act. hered. pet. partiaria* et l'*act. fam. ercisc.* L. 1, § 2. L. 7 si pars her. (**5**-4).

des diverses actions qui peuvent coexister dans un cas particulier, mais en règle générale cette distinction n'a d'importance qu'au point de vue de la qualification exacte et de l'appréciation de la demande par le juge. Elle n'a point d'influence sur la procédure, notre procédure actuelle permettant le cumul de plusieurs actions dans une seule instance. Elle le permet même là où les diverses actions n'ont aucun lien commun interne ou externe, par exemple, lorsqu'elles reposent sur des motifs et tendent à des buts complètement différents. Au contraire la procédure romaine exclut le cumul alors même qu'il existe entre les diverses actions la plus étroite connexité. Le droit romain ne voit pas seulement, comme nous, dans les actions, des notions juridiques matérielles, des droits litigieux; à ses yeux ce sont des *individualités litigieuses*, conservant leur caractère individuel, lors même qu'elles concourent avec d'autres.

Sur ce point nous sommes en contradiction avec l'opinion dominante qui admet le cumul des actions en droit romain. Les textes sur lesquels s'appuie cette opinion parlent bien de la poursuite simultanée de plusieurs actions devant un seul et même juge, mais il n'y a pas là un cas de cumul d'actions, pas plus qu'en droit moderne lorsque l'on intente en même temps plusieurs actions devant un seul et même juge, et qu'on les poursuit par autant d'exploits séparés qu'il y a de demandes. L'identité du juge et des parties ne fondait pas, dans ce cas, les diverses actions en un seul litige (19); chaque action restait, subsistait pour elle-même et conservait sa *formula* spéciale (20),

(19) PLANCK, *Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten*, p. 67, soutient le contraire, mais la contradiction n'est que dans les termes, car il reconnaît lui-même (p. 69), que la réunion de ces diverses demandes ne change rien à la nature des choses et qu'elle n'a en vue que des avantages pratiques, en fait.

(20) QUINTILIEN, Inst. orat., III, 10. *Privata quoque judicia saepe unum*

et la conséquence en était qu'il fallait un jugement spécial pour vider chacune d'elles ([21]). Le droit romain était si peu contraire à ce que plusieurs actions fussent simultanément soumises au même juge que plus tard même il chercha indirectement à ériger en règle ce mode de procédure ([22]). Pour admettre un véritable cumul d'actions, c'est-à-dire pour ramener plusieurs actions à une seule formule, les Romains auraient dû s'écarter entièrement de tout leur système des actions et de leur théorie des formules. Il y avait même dans la procédure des actions de loi, au moins dans la forme originairement unique : *per sacramentum*, des motifs tout spéciaux qui s'opposaient au cumul des actions. D'abord l'intérêt public. Tout procès procurait au fonds que cela concernait un *sacramentum*, (I, p. 301); le cumul des actions aurait donc diminué les revenus de ce fonds en permettant de faire plusieurs procès pour un seul *sacramentum*. La forme même des procès s'opposait au cumul des actions. Toute la procédure, en apparence, avait un seul et unique objet : le *sacramentum*, et le jugement n'était que la déclaration faite par le juge, que le *sacramentum* était *justum* ou *injustum* (I, 174). Comment dès lors, dans le cas de réunion de plusieurs contestations, le juge aurait-il formulé son jugement, si pour l'une il croyait devoir adjuger les préten-

judium habere multis et DIVERSIS FORMULIS *solent*. Comment, par exemple, aurait-il été possible de comprendre dans une formule commune l'*hereditatis petitio* et l'interdit *quod legatorum*, dans le cas de la L. 1, § 4 quod leg. (**43**-3) que l'on invoque ?

([21]) PLANCK, *l. c.*, veut que le juge statue par un seul jugement sur toutes les demandes. Cela est inexact pour la procédure formulaire où il devait y avoir autant de jugements qu'il y avait de formules. Il ne suffisait pas de prononcer plusieurs décisions les unes après les autres pour en faire un seul et même jugement.

([22]) Au moyen de l'*exceptio rei residuae*. GAIUS, IV, 122. — V. des exemples tirés des sources, d'une pareille réunion de plusieurs litiges devant le même juge, dans PLANCK, p. 67, note 3.

tions du demandeur et si pour l'autre, au contraire, il admettait celles du défendeur ? Dans cette hypothèse ni le *sacramentum* du demandeur, ni celui du défendeur n'aurait dû être restitué. Il n'y aurait eu lieu qu'à un partage du *sacramentum*, — ce qui est inadmissible ([23]).

Tout en contestant la possibilité du cumul des actions, même en droit nouveau, nous devons reconnaître cependant que les sources mentionnent trois cas où le contraire est admis d'une manière incontestable ([24]). Elles permettent notamment de procéder par une seule *actio familiae erciscundae* à l'égard de plusieurs hérédités communes aux mêmes parties, d'agir par une seule *actio pro socio* lorsqu'il s'agit de plusieurs sociétés entre les mêmes associés, et de ne recourir qu'à une seule *actio emti* dans le cas d'un contrat de vente conclu par le *de cujus*, et d'un autre conclu par l'héritier, avec la même personne et concernant le même objet ([25]). Il est évident que la

([23]) Il en est ici comme de ce que dit Ciceron, pro domo, 20, § 53, de la *Lex Caecilia Didia* sur le cumul de plusieurs projets de loi : *ne populo necesse sit in conjunctis rebus compluribus aut id, quod noluit accipere aut id, quod velit, repudiare*. V. aussi L. 17 pr. de app. (**49**-1). *Cum in una causa separatim duplex sententia divisa datur, veluti una sortis, alia usurarum, duplex appellatio necessaria est, ne alteram agnovisse, de altera provocasse intelligatur*. Le même doute se soulève dans les *questions complexes* de la procédure devant le jury. Glaser, *Die Fragstellung im Schwurgerichtsverfahren*. Vienne, 1853, p. 63, 64.

([24]) Un quatrième cas a été signalé par Göppert, *Ueber einheitliche, zusammengesetzte und gesammtsachen*. Halle, 1871, p. 101. C'est celui de la revendication de plusieurs objets. V. les lois qu'il cite : L. 7, 21, § 2 de exc. rei jud. (**44**-2). L. 6 de reivind. (**6**-1). L. 1, § 1 de instr. (**33**-7). L. 6, § 1 de pec. leg. (**33**-8).

([25]) L. 25, § 3, 4 fam. erc. (**10**-2). — L. 52, § 14 pro soc. (**17**-2) ; lors même que l'on se refuserait à admettre qu'il s'agit dans ce passage de plusieurs sociétés conclues par plusieurs personnes relativement à plusieurs objets, et que l'on interpréterait le texte comme s'appliquant seulement à une seule et même société renouvelée après chaque décès,

circonstance que tous ces cas ont pour objet des rapports obligatoires de même nature, n'est pas purement fortuite : on ne saurait citer aucun exemple de cumul d'actions différentes, d'une *actio venditi*, par exemple, et d'une *act. locati*. Ce qui explique la possibilité du cumul dans les cas ci-dessus, c'est qu'il ne réclamait aucun changement dans la rédaction ordinaire des formules de l'*actio pro socio, emti, familiae erciscundae*, c'est qu'il n'exigeait pas une formule double construite exprès. La *facilité* de dévier ainsi de la règle ancienne pouvait aussi tenter une époque qui, comme nous le verrons au 3e système, perdait de plus en plus le sens des formes rigoureuses et de la plastique de la procédure ancienne. Mais dans tout autre cas, d'insurmontables difficultés de forme s'opposaient à toute idée de cumul d'actions. C'est ce qui démontre une fois de plus le pouvoir conservateur de la forme. (III, 199). Eliminez la procédure formulaire et, au lieu de naître chez nous, le principe du cumul des actions prend son origine chez les Romains.

Nous abordons maintenant une question dont la difficulté égale l'importance. A quel esprit obéissait le droit romain en poursuivant la division et la séparation des actions? Nous ne demandons point bien entendu quel était son *but*, ce but nous l'avons déjà indiqué (p. 18) : mais nous avons à rechercher sur quelles considérations il s'appuyait pour circonscrire le domaine d'une action déterminée, et lui imposer telles limites et non d'autres. Et d'abord y a-t-il un principe quelconque qui ait guidé le droit romain dans cette voie? Si ce principe faisait défaut, nous aurions tout dit en invoquant simplement la

la difficulté reste également grande, car le renouvellement de la société contient chaque fois un nouveau contrat. — L. 10 de act. emti (**19**-1). A mon avis, la L. 1 de quib. reb. (**11**-2), s'applique à un cas de cette espèce, car *eosdem* ne s'y rapporte pas aux mêmes personnes que *plures*.

tendance analytique du droit ancien : nous serions dispensés de rendre compte des détails et nous pourrions nous contenter d'attribuer leur existence au bon plaisir individuel. Mais non, nous sommes obligés de donner la raison de toutes choses. Il ne nous en coûtera guère. Le principe existe, et nous pouvons en suivre l'application jusque dans le plus petit détail. Nous sommes en mesure de pouvoir démontrer les considérations qui, il y a plusieurs siècles, ont mû les plus anciens formateurs du droit romain, et de reproduire devant nos yeux la marche de la formation du système romain des actions.

Ce n'était pas seulement un vague sentiment de la valeur de la méthode analytique qui poussait ces antiques juristes; ils savaient ce qu'ils faisaient et pourquoi ils le faisaient; et ne perdant jamais de vue le but pratique de la séparation, ils n'avaient garde d'égarer leur activité dans d'inutiles morcellements d'idées, ils évitaient de faire de l'analyse le but de leurs efforts, au lieu de la conserver comme le moyen de parfaire leur œuvre. Ce fut la maladie de certaines époques de stérilité et de sécheresse scientifiques. C'est d'elle que Quintilien a dit : (26) « elle divise même ce qui de sa nature est simple, et comme elle morcelle plutôt qu'elle ne divise elle tombe dans l'obscurité que ses divisions avaient surtout pour but d'éviter. » Un seul regard jeté sur le droit ancien, suffit pour se convaincre que ce danger a été complètement évité. Si le droit ancien n'avait eu souci que de créer les actions les plus circonscrites possibles, il aurait pu dans la vente aussi bien que dans la revendication de plusieurs objets (note 17), donner autant d'actions qu'il y avait de choses. Ayant érigé en règle pour la stipulation, le principe : *tot*

(26) Quintilien, Inst. orat., IV, 5, § 25.... *Quae natura singularia sunt, secant, nec tam plura faciunt quam minora; deinde quum fecerunt mille particulas, in eandem incidunt obscuritatem, contra quam partitio inventa est.*

stipulationes quot res, c'est-à-dire lorsqu'une stipulation embrasse plusieurs objets, on est censé avoir fait une stipulation spéciale pour chacun d'eux, il aurait pu donner à cette règle, dont la signification principale, sinon exclusive, se trouve dans la péremption des actions et dans l'*exc. rei judicatae*, une portée telle que pour chacun de ces objets il eût *fallu* une action spéciale; bref du moment qu'il y avait *possibilité* pour le demandeur de diviser son action, il aurait pu en faire une *nécessité*. Pareille division en réalité aurait mérité les reproches de QUINTILIEN, et n'eût été qu'un morcellement absurde; loin de servir un intérêt pratique, elle y aurait été manifestement contraire [27].

Poursuivons cette voie, elle nous mènera droit au but. Il eût été contraire au bon sens, en effet, de faire poursuivre par dix actions spéciales dix objets d'une même stipulation, le juge n'ayant à traiter dans les dix procès qu'une seule et même question. Le fondement des dix procès étant le même, les motifs de décider restaient les mêmes aussi. Aucune des questions ne diffère des autres, toutes sont identiquement les mêmes; que la décision du juge porte sur l'une d'elles seulement, ou sur toutes à la fois, la peine est, pour lui, la même. Au point de vue du juge — et ce point de vue doit être décisif en matière de division — il ne faut qu'une seule recherche, ce qui revient à dire : il n'y a qu'une seule demande, il ne faut qu'une seule action.

Mais il n'en est plus de même lorsqu'il s'agit de la revendication de plusieurs objets. La recherche alors doit porter sur chacun des objets isolément [28], car de la propriété de l'un ne

---

([27]) L. 29 pr. de verb. obl. (45-1)... *nam per singulos... denarios singulas esse stipulationes... absurdum est.*

([28]) V. cependant note 24. Le droit romain, même dans la procédure formulaire (GAIUS, IV, 17), accordait une revendication pour un troupeau existant comme tel, c'est-à-dire considéré comme une unité agricole, se

découle point celle de l'autre — il y a autant de demandes indépendantes que d'objets, et pour permettre au juge de répondre séparément sur chacune d'elles, il faut la forme de l'action séparée. Sans cette forme il ne pourrait que répondre oui ou non sur l'ensemble.

D'après ce que nous venons de voir, ce sont, dans l'obligation, la *cause*, dans la propriété, l'*objet*, qui déterminent l'unité ou la pluralité du rapport. *Autant de faits obligatoires, autant d'actions personnelles* (29), telle est la règle qui s'ap-

---

conservant elle-même (cela ne s'appliquait donc point à cent moutons qu'un boucher aurait achetés au marché). Dire : le troupeau forme un seul objet *(universitas)*, n'est qu'un changement dans les termes qui n'explique rien et ne dit pas notamment pourquoi il n'en était pas de même d'autres collections de choses, par exemple d'une bibliothèque. A mon avis l'explication se trouve dans ce fait que le troupeau est un tout qui s'accroit et s'augmente par lui-même et que conformément aux principes sur l'acquisition des fruits, le droit du propriétaire et du possesseur de bonne foi frappe présomptivement sur toutes les têtes du troupeau pour lesquelles le contraire n'est pas démontré. La revendication d'un troupeau est donc d'accord avec la règle : une demande, une action ; car malgré la pluralité des objets le juge n'a à résoudre qu'une seule et même question. Cela n'empêche pas que des moutons *étrangers* ajoutés au troupeau puissent ensuite être revendiqués par leur propriétaire, L. 30, § 2 de usuc. (**41**-3). L. 1, § 3 de rei vind. (**6**-1) ; il se présente là le même rapport que dans la revendication d'une chose composée, par exemple d'une maison, qui peut être revendiquée comme un tout, bien que les diverses parties en appartiennent à des personnes différentes. Un autre exemple nous est fourni par l'essaim d'abeilles. L. 5, § 2, 4 de adq. rer. dom. (**41**-1). Je ne puis entrer dans l'examen des opinions d'autres auteurs sur ce thème très rebattu ; la dernière opinion qui se soit signalée est celle de Göppert, (note 24). V. sur l'*her. pet.*, plus loin ; sur le legs *per vindicationem :* v. L. 2, 6 de leg., II, (**31**). L. 79 pr. de leg., III, (**32**).

(29) L'identité de leur but peut les restreindre dans l'exercice (concours d'actions), mais elles naissent toutes. — D'après Salpius, *Novation und Delegation nach R. R.*, 1864, p. 184, l'obligation est individualisée non

plique à l'obligation; celle qui s'applique à la propriété, s'énonce comme suit: *autant d'objets, autant de revendications.* La nature, c'est-à-dire l'objet lui-même, détermine dans tel cas particulier l'étendue de la notion de propriété. Le droit et l'objet sont intimement confondus; le premier est nécessairement adéquat au second : c'est ce qu'exprime l'usage linguistique qui nomme la chose au lieu du droit. En d'autres termes, deux rapports de propriété ne peuvent coexister sur *une seule même chose (unité de la chose, unité du droit* — théorie de l'accession), pas plus qu'un seul rapport de propriété ne peut exister sur deux choses *(pluralité des choses, pluralité de la propriété).* Dans l'obligation, au contraire, c'est uniquement la volonté individuelle qui détermine l'étendue du rapport juridique. Il dépend du bon plaisir des parties que la stipulation soit faite pour 100 ou pour 1000, que le contrat de vente embrasse un ou dix objets. L'obligation est pour ainsi dire une enveloppe vide d'une élasticité indéfinie dans laquelle les parties peuvent enfermer autant ou aussi peu qu'elles veulent, qu'elles peuvent fermer à volonté. Libre à elles de prendre pour plusieurs objets une ou plusieurs enveloppes, mais chaque enveloppe fermée *(contrahere)* constitue une obligation et par conséquent une action. En effet, la décision de la seule question relevante : si l'enveloppe est dûment fermée et scellée, porte sur cette enveloppe et sur tout son contenu. La question est la même pour tous les objets qui y sont renfermés, mais elle doit être proposée de nouveau pour toute autre obligation conclue entre ces parties, car de la validité de tel contrat ne résulte pas la validité de tel autre. Confondre toutes ces questions dans le même procès, c'était, en procédure romaine, empêcher le juge de résoudre chacune d'elles, c'était le forcer à les affirmer toutes ou à les nier toutes à la fois.

---

par sa *cause,* mais par son objet, cependant il ne met cette idée en avant que comme une hypothèse probable.

Malgré la simplicité du principe que nous venons d'établir, son application peut cependant conduire à des difficultés. Les rapports ne se présentent pas toujours aussi clairement que nous venons de le supposer ; il peut arriver qu'on ne découvre à première vue qu'une seule cause d'obligation là où le droit reconnait cependant *plusieurs* obligations; l'hypothèse contraire peut tout aussi bien se produire. Par exemple : à la conclusion d'un contrat de louage on joint en même temps une vente; c'est le premier cas. En réalité, il y a deux faits obligatoires indépendants réunis dans un seul acte extérieur dans l'unique but de gagner du temps. Le droit ancien repoussait cette économie de temps (§ 63). Les actions réipersécutoires et pénales, dont nous avons parlé déjà (p. 26), nous montrent un autre exemple du même genre. Un seul et même acte extérieur, le délit, donne naissance aux deux espèces d'actions; mais la cause obligatoire de l'une est différente de celle de l'autre : dans l'action pénale, elle consiste dans le délit; dans l'autre, elle réside dans le changement pécuniaire amené par le délit, changement dont le délit n'est que l'*occasion* extérieure, et qui peut exister sans qu'il y ait délit, qui peut aussi ne pas exister lors même qu'il y a délit. Cependant, malgré cette diversité du point de vue qui fait le fondement de ces deux actions, il n'y avait pas plus de motif pour intenter deux actions que, par exemple, dans l'act. *pro socio, mandati, tutelae* par rapport aux divers objets qu'elles peuvent poursuivre (restitution des sommes reçues, dommages-intérêts pour faute, etc.), et dont l'un peut fort bien exister sans l'autre. Le véritable motif c'est que ces deux espèces d'actions suivaient des voies entièrement différentes, et n'étaient point enchaînées l'une à l'autre. L'action pénale s'éteint avec la mort du coupable, l'autre survit contre ses héritiers; l'action pénale, dans certaines circonstances, se prescrit par un an, l'autre est imprescriptible d'après le droit ancien et dans le droit nouveau ne se prescrit qu'au bout d'un intervalle bien plus long. Le langage correct du droit ancien ne pouvait manquer de signaler

comme deux actions différentes, des demandes que séparaient des différences aussi tranchées. Comment, en effet, le juge aurait-il pu répondre par oui ou par non dans le cas où la peine étant prescrite déjà, la demande réipersécutoire ne l'eût pas été encore ? Il est vrai que le droit postérieur ne vit aucun obstacle à ce que, par suite de la mort de l'auteur d'un délit, ou par suite de la prescription acquise, une action naissant d'un délit fût éteinte quant à la peine seulement, tout en conservant son efficacité par rapport à la chose objet du délit (30). Mais c'est là un de ces phénomènes qui appartiennent au nombre de ceux que nous avons caractérisés plus haut (p. 26), et qu'un juriste des temps antiques aurait regardé comme une impossibilité condamnable au point de vue des principes les plus élémentaires de son art, aussi bien qu'un puriste en musique du siècle passé, aurait repoussé les successions de quintes et tant d'autres licences harmoniques que nos maîtres actuels se permettent tous les jours. Mais, objectera-t-on, pourquoi le droit ancien ne permettait-il pas de faire valoir les deux demandes par une seule action, au moins dans le cas où par hasard elles concordaient en tous points ? D'abord, la question de savoir si les demandes concordent ne peut être posée que dans le procès même; ensuite, c'eût été complètement méconnaître le but et l'idée fondamentale du système des actions, que de vouloir faire dépendre leur division de leur concordance ou de leur discordance fortuite. Tout le système tendait précisément à assurer, grâce à la séparation des procédures, une séparation rigoureuse des questions du fond du litige, lorsque dans un cas particulier il se présentait un concours de plusieurs demandes ?

Un autre exemple vient appuyer ce qui précède. On n'ignore pas que la copropriété est possible en dehors de la société,

(30) *Quatenus ad heredes pervenit.* L. 19 quod metus (4-2). L. 17, § 1. L. 26 de dolo (4-3). L. 23, § 8 ad leg. Aq. (9-2), etc.

et réciproquement, ou en d'autres termes : qu'il y a, outre l'*actio pro socio*, une *actio communi dividundo*. Or, lorsque ces deux rapports juridiques concourent dans le chef de la même personne, établis par un seul et même acte de constitution d'une société, on serait tenté de croire qu'*une seule* action suffit. Mais cela étant, si l'un des deux copropriétaires aliène sa part, on se retrouve immédiatement dans la nécessité d'accorder deux actions. En effet, la demande en partage (l'*act. communi div.*) passe activement et passivement aux successeurs particuliers, tandis que les droits et les obligations nés du contrat de société (l'*actio pro socio*) demeurent à l'associé. Chacune de ces deux demandes poursuit sa voie propre, d'après sa nature propre ; l'une a activement et passivement des sujets *spécifiquement* déterminés, l'autre des sujets *abstraitement* déterminés (les propriétaires *quelconques*). Cette communauté d'origine se restreint donc, ici encore, à l'*acte extérieur,* dans lequel par hasard ont pris naissance deux causes d'obligation complètement indépendantes et différentes : le contrat de société et la communauté de propriété dont il a été l'occasion ([31]).

Nous pouvons opposer au cas que nous venons de citer l'*unité* de l'obligation malgré la pluralité apparente de ses causes. Malgré le principe : *autant de délits*, *autant d'actions*, tous les délits dont le tuteur, ou le mandataire se sont rendus coupables dans le cours de leur gestion sont poursuivis au moyen d'une *seule* action. D'où vient cette déviation de notre principe ? Il

([31]) S'il n'existe qu'un rapport de copropriété sans société, l'action qui en résulte *(act. communi dividundo)* s'étend à toutes les demandes qui y sont connexes : à l'*adjudicatio* comme aux *praestationes personales.* Mais les demandes qui ne naissent qu'*accidentellement* de la communauté, celles, par exemple, qui reposent sur des dépenses que le demandeur aurait pu faire pour sa part seulement, mais qu'il a faites aussi pour son copropriétaire, doivent être poursuivies au moyen de l'*act. neg. gest.* A. Brinckmann, *Verhältniss der act. com. div.* und der *act. neg. gest.* Kiel, 1855, p. 63 s.

n'y en a aucune en réalité, car du mandat et de la tutelle découlent toute une série d'obligations nouvelles, et les délits auxquels ils peuvent donner lieu apparaissent comme la violation d'une obligation contractuelle. Les demandes isolées qui en sont la suite ne constituent donc point des *créances* spéciales, ce ne sont que des *postes* isolés (32) de l'*act. mandati, tutelae,* que la formule de l'action réunissait sous cette désignation : *quidquid ob eam rem dare facere oportet*, et que le juge avait à apprécier au seul point de vue du mandat et de la tutelle.

D'autres cas de même genre viennent s'ajouter à ceux que nous avons déjà cités, par exemple : l'action du banquier en paiement de son solde de compte (33), c'est-à-dire l'actif final d'un compte comprenant les postes les plus divers de recettes et de dépenses (34). Comme dans le mandat, les divers actes isolés peuvent, dans cette espèce, se fondre dans le fait unique d'une gestion pour autrui (35). — L'*actio familiae erciscundae* n'ayant pour objet que les parts héréditaires, et une action spéciale étant accordée pour les legs, il semble étonnant, au premier abord, que le prélégataire doive réclamer par l'*actio fam. ercisc.* le legs qui lui a été fait (36). Mais dans la concep-

(32) L. 10, § 1 de appell. (49-1).. *cum* UNA *actione ageretur, quae plures* SPECIES *in se haberet, pluribus summis sit condemnatus.* L. 1, § 1 quae sent. (49-8).. *ex illa* SPECIE 30.. *ex illa* 25.

(33) GAIUS, IV, 64, 68.

(34) L. 6, § 3 de edendo (2-13).. *dandi, accipiendi, credendi, obligandi, solvendi sui causa negotiationem*.

(35) Nos sources ne disent pas s'il y avait une action contraire analogue. Le commettant pouvait certes demander compte au banquier (L. 4 pr. de edendo 2-13), et ce compte s'étendait naturellement à tous les postes de part et d'autre (L. 6, § 3 ibid.). Dans la reconnaissance de l'excédant qui en résultait pour lui, il y avait un *constitutum,* (L. 26 de const. pec. 13-5), et l'on peut vraisemblablement rapporter à ce cas l'usage particulier des *argentarii* mentionné par la L. 2, § 2 Cod. de const. pec. (4-18).

(36) GAIUS, II, § 219. L. 17, § 2 de leg. I, (30).

tion des Romains, le prélegs contient une disposition sur le partage réel de la masse héréditaire et tombe par conséquent sous l'action en partage. — Confinant à la procédure criminelle d'un côté, et touchant à la procédure civile de l'autre, nous rencontrons encore l'action *repetundarum*. Cette action, semblable à celle qui naissait de la tutelle, embrasse toute l'administration du fonctionnaire, et s'applique à toutes les demandes qui en résultent pour ses ex-administrés (37).

Nous n'avions d'autre but, en entrant dans ces explications, que de dégager de certaines contradictions qui semblent le combattre, le principe que nous avons établi ci-dessus, au sujet de l'obligation. Le terrain étant ainsi déblayé, nous pouvons poursuivre notre étude.

Les mêmes principes qui régissent l'obligation s'appliquent aussi à l'hérédité. L'hérédité aussi est une forme vide, élastique, pouvant comprendre des rapports plus ou moins nombreux. La pluralité des objets n'affecte en aucune manière l'action (38). L'élément d'*individualité* et d'*identité* de la propriété réside dans la *chose;* pour l'obligation, il réside dans la *cause;* pour l'hérédité, il réside dans la *délation : autant de délations, autant d'actions* (39). La délation fait surgir une

(37) QUINTILIEN, I. O., III, 10, § 1, la désigne comme *causa* CONJUNCTA parcequ'elle comprenait *plures controversiae ejusdem generis.*

(38) *Nam cum hereditatem peto, et corpora et actiones omnes, quae in hereditate sunt, videntur in petitionem deduci.* L. 7, § 5 de exc. rei jud. (**44**-2). L'action s'étendait donc aussi aux fruits sans qu'il fallût en faire mention, L. 13, § 7. L. 20, § 3, 16 de her. pet. (**5**-3), en effet : *fructus hereditatem* AUGENT. L. 40, § 1 ibid. *hereditas et* AUGMENTUM *recipit et deminutionem.* L. 20, § 3 ibid. L. 178, § 1 de verb. sign. (**50**-16). — règle qui dans la procédure formulaire avait pour le *demandeur* la même signification qu'avait pour le *défendeur* la règle que nous rencontrerons au § 62, à savoir : que le pécule était diminué de plein droit par les créances du maître.

(39) L. 8 de her. pet. (**5**-3). Ce n'est pas ici le moment d'insister plus

question nouvelle, toutes choses restant égales au surplus, quant à l'hérédité et quant aux parties qui se la disputent. D'une part, en effet, de ce que le demandeur n'est pas institué dans le testament, ou de ce que le testament qui l'institue n'est pas valable, il n'en résulte rien pour son droit héréditaire *ab intestat.* D'autre part, on ne peut le forcer à faire porter le débat sur son droit héréditaire, d'une manière absolue, sans détermination de la *causa* de son droit. Si en matière de propriété la contestation repose sur une pure différence du fondement du droit, il n'en est pas de même du droit héréditaire. Là, la différence de la cause de délation porte sur le droit lui-même, et selon les legs ordonnés dans le testament ou selon les dérogations apportées par le testateur à l'ordre légal *ab intestat*, cette différence peut donner au droit une étendue tout à fait autre. *La cause de la délation individualise le droit héréditaire.*

Nous ne pouvons entreprendre de prouver pour tout le droit, et jusque dans les moindres détails, la constante vérité des principes dont nous venons de montrer l'application aux rapports les plus importants du droit : la propriété, le droit héréditaire et l'obligation ([40]). Mais nous voulons cependant pour-

---

longuement sur ce point ni de montrer le rapport qu'il y a entre cette question et la théorie de l'*exc. rei jud.* Il suffira pour prouver notre assertion d'invoquer l'*in jure cessio* de l'*hereditas legitima* dans laquelle la formule de cession, et par conséquent aussi celle de revendication, désigne l'hérédité comme *legitima.* Preuve que la cause de délation doit être indiquée; sinon, en effet, on n'aurait pu distinguer ce cas de la cession de l'*hered. testam.*, ce qui était cependant important à cause des suites très différentes de l'une et de l'autre.

([40]) Je ne veux pas omettre cependant de recommander ce thème à l'attention; un travail approfondi sur cette matière, notamment sur ses rapports avec la théorie de l'identité des choses litigieuses dans l'*exc. rei judicatae* offrirait un grand intérêt.

suivre encore cette étude dans quelques-uns des exemples par lesquels nous avons commencé.

Nous avons présenté (p. 25) l'*act. aquae pluviae arcendae* et les actions qui l'accompagnent, comme des modèles d'analyse en matière de procédure. L'analyse du rapport dont elles procèdent conduit aux considérations suivantes. Lorsque l'ouvrage qui a changé le cours des eaux pluviales, n'a occasionné au voisin qu'un dommage qui ne doit plus se répéter, il serait injuste d'exiger la démolition de l'ouvrage : le lésé dans ce cas restreindra sa demande à certains dommages-intérêts qu'il se fera allouer au moyen d'une action spéciale (note 14 in fine). Cette demande est activement et passivement liée aux demandeurs et défendeurs originaires, et ne passe ni d'une part ni de l'autre aux acheteurs des fonds qui n'ont pas souffert du dommage ou qui ne l'ont pas occasionné. Mais les choses changent de face, lorsque l'ouvrage lèse injustement le voisin d'une manière *permanente* (41). Des dommages-intérêts une fois payés, ne peuvent couvrir cette violation de son droit : seul l'enlèvement de l'ouvrage peut la réparer. La demande non plus ne comporte plus les mêmes restrictions; elle passe activement et passivement aux successeurs particuliers des personnes originairement en cause. Agir autrement, serait compromettre le sort du fonds; il suffirait d'un changement de propriétaire, à la suite d'une vente, par exemple, ou par suite d'un legs, pour enlever à tout jamais toute protection au fonds. Mais la demande ainsi introduite, l'on ne peut plus en même temps y joindre l'autre, et poursuivre les deux demandes réunies par une seule action : ce serait faire suivre une même voie à des demandes qui tendent à des buts différents. Il n'était pas possible non plus de soumettre la demande à la forme de l'*act. negatoria* ou *confessoria*, et de rejeter comme inutile l'*act. aq. pluv. arc.* Si la première ne convenait pas parce que le dé-

(41) *Si aqua pluvia* NOCET *i. e. nocere poterit*, (III, note 168, p. 147).

fendeur n'avait pas commis un empiètement sur la *propriété* du demandeur, la seconde ne convenait pas davantage; il s'agissait non d'une servitude, mais d'une prescription *légale;* or, il fallait avoir recours à une *act. in personam* pour obliger le défendeur à *faire.*

La nécessité d'une *actio aquae pluviae arcendae* spéciale, du chef des ouvrages *nouveaux*, exécutés pendant le cours du procès, s'explique d'elle-même. En effet, si l'ouvrage sur lequel roule le procès a été illégalement construit, il n'en résulte pas que l'ouvrage nouveau soit entaché du même vice. Si l'on avait pu introduire cette question toute nouvelle au milieu d'un procès pendant, rien n'eût empêché de soulever un débat sur un contrat de vente nouveau, sur un nouveau vol, dans le cours d'une *actio emti* ou *furti*.—En ce qui concerne enfin la quatrième action que nous avons mentionnée *(cautio damni infecti)*, il n'y a qu'à faire observer que le pouvoir du juge s'épuisant avec le jugement, une action nouvelle est nécessaire pour tout ce qui se passe après le jugement.

Il résulte suffisamment de ce qui précède que l'*actio negatoria* ou *confessoria* devait être intentée séparément de l'action ou dommages-intérêts (note 14). L'une est dirigée contre tout possesseur quelconque, l'autre ne peut être dirigée que contre l'auteur du dommage.

La distinction de l'action *ad exhibendum* et de la revendication présente un intérêt doctrinal plutôt que pratique. Toutes deux sont dirigées contre le détenteur comme tel, toutes deux ont le même fondement, mais la dernière exigeait comme condition l'existence indépendante de la chose revendiquée. C'est le seul motif que je puisse assigner à la séparation de ces deux actions. Cette condition était une nécessité de la procédure et résultait de la disposition qui obligeait à apporter et à saisir la chose en justice. La revendication elle-même ne pouvait donner à la chose cette existence indépendante, car elle n'obligeait pas le défendeur à faire, sans son consentement, et d'autre part le demandeur était sans droit pour opérer lui-même la séparation de la chose.

3. *La défense.*

Système ancien et nouveau. — Défense en forme de négation (actions *in jus* et *in factum*). — Négation et exception. — Possibilité de faire valoir une prétention contraire sous une forme de procédure invisible (règles de droit ayant pour but une exception) ou sous une forme visible (actions avec réserve du droit de l'adversaire. — Substitution d'une autre formule dans l'intérêt de l'adversaire. — Action double). Défense en forme d'action. — Action pénale et *leges minus quam perfectae* — Jugement d'ensemble sur le mécanisme de l'ancienne procédure.

Nec omnino ita ut nunc usus erat illis temporibus exceptionum. GAIUS, IV, 108.

62. Pour que le principe : *une action, une demande* atteignît son but, il devait s'imposer aux deux parties. C'est ce que nous avons déjà fait observer ci-dessus (p. 20). Il n'eût servi de rien de prévenir l'accumulation des questions soumises à la décision du juge ainsi que les complications et les lenteurs qui en pouvaient résulter, si d'un autre coté, le plus menaçant précisément, on avait laissé la brèche ouverte au danger que l'on voulait éviter. L'intérêt même du demandeur doit l'engager à se soustraire à ce danger; mais le défendeur à un intérêt tout opposé; chaque question qu'il jette dans le débat soulève un obstacle de plus devant le demandeur.

D'autre part, comment restreindre le défendeur dans le choix et le nombre de ses moyens de défense? Les deux parties occupent des positions complètement différentes. Le demandeur prend l'initiative, il détermine le moment auquel il veut agir, il prépare de longue main son attaque, rassemble d'avance ses preuves; débouté d'une action, il en intente une nouvelle. Pour le défendeur, c'est tout le contraire qui se présente. Le

soumettre, *lui*, à une restriction parfaitement justifiée pour le demandeur, n'est-ce pas accorder à l'action un avantage sur la défense, et violer ainsi les règles les plus élémentaires de l'équité naturelle?

Mais cette défaveur n'est qu'apparente. Ce qu'on recherche, ce n'est point de restreindre matériellement le défendeur dans l'usage de ses moyens de défense, c'est uniquement de limiter la forme de cet usage. La défense en effet peut se produire sous une double forme. La forme simple et naturelle consiste à contredire directement à la demande : dans ce cas la défense, quelque peu sérieuse qu'elle soit, arrête l'action dans son cours, jusqu'à ce qu'il puisse être statué sur l'une et sur l'autre. La seconde forme, plus artificielle, est la *reconvention ou l'action recursoire :* ici l'examen des moyens de défense se fait au moyen d'un procès spécial à soutenir par le défendeur ; le cours de l'action n'est donc pas interrompu. La défense prend la forme d'une action en restitution de ce que le défendeur a dû acquitter au demandeur du chef de la condamnation dans le *premier* procès. Le droit romain nouveau laisse au défendeur la liberté du choix quant à la forme de la plupart de ses moyens de défense [12] : il en est cependant qu'il n'admet exclusivement que dans la première forme [13], d'autres dont il exige qu'ils soient produits sous la seconde forme [14].

Ce dernier procédé paraît étrauge. Pourquoi ne pas permettre

(12) Par exemple, *exceptio* ou *actio quod metus causa*, *exc. rei venditae et traditae* ou *actio emti* du chef d'éviction, *exc. non numeratae pec.* ou la *condictio* du titre, l'exception de retention ou l'*act. contraria*, l'*except. doli* pour défaut de cause ou les condictions, la compensation ou l'action en paiement de la créance.

(13) Par exemple, l'exception de prescription, la rétention du chef des impenses dans la revendication.

(14) Par exemple, lorsque l'on oppose la propriété contre une action possessoire, ou lorsque l'on fait valoir des prétentions reconventionnelles contre une *actio depositi*.

au défendeur de se servir en temps opportun d'un moyen qu'on lui accorde? Pourquoi l'obliger d'abord à payer, et lui permettre ensuite de réclamer immédiatement la restitution de ce qu'il a payé?

La disposition serait évidemment contraire au bon sens, si les défendeurs n'avaient jamais que des objections réellement fondées à opposer aux prétentions des demandeurs: mais comme cette dernière supposition est loin de se vérifier toujours, la mesure est complètement justifiée (45). Le défendeur en effet, par pure chicane pourrait faire traîner en longueur un procès que l'évidence du droit de son adversaire devrait terminer de suite; il pourrait, pendant tout ce temps, se maintenir, aux dépens du demandeur, en jouissance du droit qui lui est contesté, et faire éprouver ainsi à son adversaire un préjudice que ne réparerait qu'imparfaitement une condamnation finale. La seconde forme de défense indiquée ci-dessus (46), eut pour objet de parer à cet inconvénient. Sans limiter en rien le défendeur dans l'étendue nécessaire de son droit, elle lui enlève toutes les exceptions qui pourraient entraîner le danger que nous avons signalé. Le demandeur obtient prompte satisfaction dans la revendication de ses droits, et les retards qu'entraîne la défense de l'adversaire ne portent préjudice qu'à celui-ci.

Cette organisation tend donc à établir l'égalité entre les rôles

---

(45) Seneca, de benef., VII, 16: *Satius erat a paucis etiam justam excusationem non accipi, quam ab omnibus aliquam tentari.*

(46) L. 2, Cod. de usur. leg. (6-47). *Adversus eos, qui sub obtentu legis Falcidiae legata morantur, notissimum est* JURIS AUXILIUM. *Si igitur proposita stipulatione cavere cum satis datione potestis, « vos restituros quanto amplius quam per eam legem licet acceperitis, » judex solida vobis legata praestari jubebit.* Ciceron, in Verrem: *utrum aequius, decumanum petere an aratorem petere.* L. 1, § 2 quod legat. (43-3). Sur un avantage secondaire de cette forme, sur l'influence qu'elle exerce, sur la diminution des points en litige, v. la fin de ce §.

des deux parties : elle partage entre elles les avantages de la possession qui sont le privilége de la défense. Acquérir aussi rapidement que possible ces avantages, est pour le demandeur un motif puissant pour accélérer la procédure, et l'on peut soutenir avec raison que scinder ainsi un procès en deux, loin de compliquer et d'allonger le débat, c'est le simplifier et le raccourcir. On recule en effet à produire sous forme de reconvention des objections sans valeur que l'on n'aurait pas hésité à mettre en avant sous forme d'exceptions.

Il est de toute évidence qu'en cette matière les règles doivent être rigoureusement déterminées : trop de ménagements envers les intérêts du demandeur dégénérerait en injustice pour le défendeur. Le problème consiste à tenir la balance égale entre les deux parties, sans la faire pencher en faveur de celle-ci plutôt qu'en faveur de celle-là, à chercher la ligne de démarcation exacte qui les sépare et que maintient entre elles l'idée de la justice en matière de procédure. Il n'y a pas lieu ici de traiter d'une manière plus approfondie ce grave problème législatif. Ni la jurisprudence ni la législation n'en ont eu partout l'intelligence exacte; mais il faut au moins pour juger sainement la procédure romaine ancienne, avoir conscience qu'il existe, et avoir une idée de la manière dont il peut être résolu; c'est le but que j'ai voulu atteindre dans ce qui va suivre.

Dans une action née d'un acte bilatéral qui établit pour les deux parties des droits et des obligations réciproques, il ne suffit pas que le demandeur établisse de suite le fondement de sa demande, pour que le défendeur qui ne saurait au même instant prouver le fondement des prétentions contraires qu'il puise dans le même acte, soit renvoyé *ad separatum*, à se pourvoir par une action récursoire. En effet, la demande et la prétention contraire se trouvent ici dans la plus étroite corrélation, dans une dépendance réciproque; le retard qu'occasionne le défendeur ne dépasse point l'avance que le demandeur a pu prendre sur lui. Le demandeur a pu faire avant le procès ce que

le défendeur doit faire pendant. C'est ainsi qu'on en a jugé en droit romain dès le moment où les actes bilatéraux comme tels, ont pu être poursuivis en justice. Mais il en était tout autrement lorsque les parties avaient revêtu leur acte de la forme de deux conventions unilatérales (stipulations), ainsi qu'elles devaient le faire avant cette époque, et comme elles purent toujours le faire depuis et le firent en effet fréquemment. Dans ce cas chaque demande existait par elle-même; il n'était que conforme à la volonté des parties que l'exercice en justice de l'une ne pût être entravé par l'autre. Si elles avaient voulu le contraire, elles auraient pu l'obtenir en rédigeant leurs deux stipulations conditionnellement. Mais dans ce cas également, et mû par des motifs que je ne pourrai faire valoir qu'à la fin de ce paragraphe, le droit romain nouveau a permis de faire valoir une prétention contraire *par voie d'exception*. C'était, chose blâmable assurément, enlever aux parties la possibilité de donner à leur rapport la forme rigoureusement unilatérale indiquée par la loi.

Ce qui vient d'être dit des actes originairement bilatéraux est vrai naturellement, et avec plus de raison encore, des actes originairement unilatéraux. Là aussi le droit nouveau introduisit une innovation peu heureuse en permettant au défendeur de faire valoir sous forme d'exception tous les motifs qu'il aurait pu produire sous forme d'action, et en érigeant en principe général que celui qui a une action doit aussi avoir une exception (47). La recevabilité illimitée de l'exception de compensation est l'application la plus dangereuse que fait le droit nouveau de cette règle. Il y a là un triomphe apparent de l'équité sur le droit rigoureux (48) que je n'hésite pas à signaler

(47) L. 156, § 1 de reg. jur. (50-17) *cui damus actiones, eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit.* Cette règle souffre cependant maintes restrictions de détail. V. par ex. note 44.

(48) *Aequitas compensationis.* L. 18 pr. de comp. (16-2).

comme une faute grave contre l'idée de la justice en fait de procédure, je n'y vois que les traces d'un phénomène dont j'espère pouvoir établir l'existence dans le troisième système au moyen de maintes preuves à l'appui : la dégénérescence et l'affaiblissement du sentiment sain et énergique du droit ancien. Dans une seule matière, celle de la possession, le droit nouveau a évité cette faute. Lorsqu'il s'agit d'actions qui ont pour base la *possession*, toute exception qui se rapporte au *droit* est exclue (49); le droit nouveau a même étendu ce principe au droit héréditaire (50).

Nous venons de voir que l'admission illimitée des moyens de la défense, loin d'être commandée par l'idée de la justice, peut au contraire, suivant les circonstances, se trouver en contradiction flagrante avec les exigences de la *véritable* justice. Celle-ci ne se mesure pas seulement d'après ce qu'elle donne, mais aussi d'après le temps où elle le donne (51). Reconnaître cette injustice, l'éviter, tel est, à mon avis, le but que doit poursuivre l'*idée de la justice en matière de procédure* (52).

(49) V. une exception apparente dans la note 64, p. 65.

(50) *Bonorum possessio, remedium ex lege ultima Codicis de edicto divi Hadriani tollendo, interdictum quod legatorum.*

(51) Gaius, III, 113, *non solum autem in quantitate, sed etiam in tempore minus et plus intelligitur; plus est enim statim aliquid dare, minus est post tempus.* L. 10, § 12 quae in fr. cred. (**42**-8), *praetor fraudem intelligit etiam in tempore fieri.*

(52) C'est perdre de vue l'idée de la justice en matière de procédure que de voir dans les principes que nous venons d'exposer une restriction exorbitante du droit de la défense. V. Briegleb, *Einleitung in die Theorie der summarischen Processe*, Leipz., 1859, p. 3. 4. Ce n'est point par hasard, mais par sa faute, que le défendeur n'est pas en mesure d'opposer aux preuves liquides du demandeur des preuves de la même force; c'est donc lui seul, et non le demandeur qui doit en subir les conséquences. Le droit moderne a abandonné tous ces principes, tandis que les Romains en ont toujours eu l'intelligence la plus exacte. C'est ainsi qu'ils facilitaient la preuve du demandeur dans les actions en dommages-intérêts, en

Il serait oiseux de rechercher si c'est cette idée qui a inspiré la jurisprudence ancienne dans l'organisation de la procédure ou si elle n'a été guidée que par la crainte de voir la simplicité de la procédure disparaître sous l'accumulation des questions; en d'autres mots, si elle a obéi à une considération morale ou de politique législative : il suffit que la procédure ancienne donne pleine satisfaction aux deux considérations.

Une question s'impose à notre examen; c'est celle de savoir d'après quelles idées les matériaux de la défense se sont répartis entre l'une et l'autre forme, pourquoi telle objection a été rangée sous la forme d'une négation ou *exceptio,* et telle autre sous la forme d'une action récursoire. Pour résoudre cette question, l'histoire devrait nous avoir permis de pénétrer plus profondément dans le secret du développement interne du droit romain, surtout en ce qui concerne le système des condictions. Il y a là indubitablement beaucoup de choses purement historiques. Je suis convaincu, par exemple, que la notion de la perte des droits *ipso jure* et le nombre des cas particuliers où elle est appliquée ont pris peu à peu, comme la notion et le nombre des contrats et des délits, une forme fixe et historiquement complète. Des motifs, dont le droit postérieur, le premier, fit résulter un effet de nullité, devenaient des *actions* par cela seul qu'on ne pouvait les opposer sous forme de dénégation; l'*exceptio* du reste, même si elle existait déjà alors, au moins aussi longtemps que les idées originaires n'avaient pas entièrement disparu, était bien plus défavorablement traitée que l'action. Ces motifs de nullité ne prirent la forme d'exceptions

---

lui permettant de réclamer le double, en autorisant le *juramentum in litem,* en comminant des peines contre le mensonge, etc., autant de mesures destinées à retablir l'égalité entre les parties et à venir au secours du demandeur dans la position que lui avait créée la faute du défendeur. Il y aurait un bien bel ouvrage à faire sur l'idée de la justice dans son application à la théorie de la preuve.

qu'après avoir passé par celle de l'action. C'est un point sur lequel je reviendrai à la fin de ce paragraphe.

Dans ce qui va suivre, nous ne nous arrêterons pas seulement à la forme la plus ancienne de la procédure romaine. L'insuffisance de nos connaissances en ce qui concerne la procédure des actions de loi, et plus encore, l'identité de l'idée fondamentale qui régit la procédure ancienne et la procédure formulaire, nous font une loi d'étendre nos regards jusques sur cette dernière. Leur principe est le même, c'est l'unité de l'action, mais tandis que la procédure ancienne n'y a jamais, que nous sachions, renoncé, l'autre, après y être restée fidèle dans la première période de son existence, nous montre, dans une phase postérieure de son développement, deux formes qui s'écartent complètement du principe primitif. Ces deux formes sont d'origine prétorienne; la première est une forme particulière de l'action, l'*actio in factum,* la seconde est l'*exceptio.* Dans la première, le principe n'était pas nécessairement et généralement méconnu ; elle *pouvait*, suivant les circonstances, ne comprendre qu'un seul point litigieux ; régulièrement cependant elle en contenait deux; dans l'autre, au contraire, la dérogation au principe résultait nécessairement de sa forme, elle ajoutait toujours à la question posée dans l'intérêt du demandeur une seconde question dans l'intérêt du défendeur.

Passons en revue l'une et l'autre de ces deux formes.

1. *Défense en forme de négation.*

Le défendeur se trouve devant la même alternative que le juge : celle de savoir s'il répondra : oui ou non à la question soulevée par l'action. Comme le juge, le défendeur n'a le choix qu'entre un *oui* et un *non* catégoriques, sans avoir l'échappatoire du *mais* de l'*exceptio.* S'il dit oui, la condamnation suit; s'il dit non, la procédure commence. Si l'assertion du demandeur est conçue en termes tels que le défendeur ne peut y acquiescer que sous condition ou partiellement, ce dernier, s'il ne veut rien

céder de son droit, n'a d'autre parti à prendre que de nier absolument. Le juge, alors, s'il n'est pas convaincu que l'assertion est fondée dans toute son étendue, déboutera le demandeur. Si peu que le demandeur cherche, dans son intérêt, à s'écarter de la vérité, il perd son procès tout entier. La peine de la *plus petitio* était une conséquence nécessaire de l'alternative ci-dessus, ou ce qui revient au même, de l'*intentio certa.* Parfois la demande se réduisait en dernière analyse à l'obtention d'une somme d'argent, et il arrivait que l'on ne pouvait équitablement forcer le demandeur à fixer lui même cette somme, sans l'exposer à faire une *plus petitio.* On parait à la difficulté, soit au moyen d'une estimation préalable sous forme de *praejudicium*, dont nous verrons un exemple tout à l'heure, soit au moyen d'une estimation ultérieure *(arbitrium litis aestimandae)*, soit enfin d'une autre manière ([53]).

L'étendue de l'action déterminait celle de la défense : celle-ci se mouvait dans un cercle plus ou moins large, selon que la demande était plus ou moins étendue. Il y avait donc nécessité d'assigner à l'action un terrain assez vaste pour que la défense y pût trouver place. Supposons que l'action eût été formulée ainsi : « le demandeur a prêté 100 au défendeur ; » celui-ci, dans le même procès, n'aurait pu alléguer en termes de défense, qu'*il les avait* RENDUS : c'eût été introduire une assertion *positive* nouvelle. La formule devait donc être conçue de façon à

([53]) Il en était ainsi notamment dans les actions du chef de délits, par exemple, l'*actio legis Aquiliae*, où l'on donnait au demandeur dans l'indication de la somme (*tantum aes dare domino damnas esto*, termes de la *lex Aquilia.* L. 2 pr. ad. L. aq. 9-2), là où elle était nécessaire (L. 25, § 2 ibid.), une latitude si grande (valeur de la dernière année, le cas échéant, du dernier mois), qu'il avait à s'en prendre à lui-même s'il commettait une *plus petitio.* L'*actio furti* tendait uniquement à : *pro* FURE *damnum* DECIDERE *oportere.* GAIUS, IV, 37, 45, ce qui permettait d'éviter l'indication nécessaire dans tout *dare oportere,* d'une chose ou d'une somme déterminées.

pouvoir contenir l'une et l'autre assertion; l'on y parvint en la faisant frapper sur la *dette*. Cette rédaction permettait au demandeur comme affirmation de la dette, de soutenir qu'*il avait donné 100*, en même temps qu'elle permettait au défendeur d'opposer, comme *dénégation* de la dette, qu'*il les avait rendus*. De plus pour rendre la dénégation possible, toutes ces formules devaient viser l'*existence actuelle* du droit. Telle est, en effet, la forme de toutes les actions anciennes ([54]); elles sont toutes, selon l'expression des juristes romains: *in jus conceptae*.

En regard de ces actions se placent les *actiones* IN FACTUM *conceptae* du droit prétorien, déjà mentionnées. L'histoire elle même avait arrêté et fixé la signification de la notion *jus*, et la correction du langage de la procédure ne permettait de désigner comme *un droit* que ce qui correspondait *au droit*, au *jus civile*. Le Préteur ne pouvait ainsi désigner les actions qu'il introduisait lui-même par des expressions auxquelles on s'était accoutumé à rattacher l'idée d'un *jus* déterminé. Il s'arrêta à la forme des *actiones in factum*. Ici la formule portait

([54]) Elles devaient être conçues au présent de l'infinitif. Les *actiones in rem*, expriment exactement la nature *absolue* du droit qui en fait la base. Elles affirment qu'une chose *est (rem, hereditatem meam* ESSE, *jus utendi, eundi mihi* ESSE, *tibi non* ESSE). Les *actiones in personam* indiquent avec la même délicatesse de nuances, la nature relative de l'obligation personnelle qui en fait la base *(dare, pro fure damnum decidere* OPORTERE). (T. III, 171). Si la formule de l'*act. furti* avait porté : *si paret Nn. furtum* FECISSE. (RUDORFF, *R. S.*, II, 353; le passage de GAIUS, (IV, 37), qu'il invoque, parle de l'action des pérégrins), si elle avait été donc conçue *in factum*, et non *in jus*, l'objection du défendeur qu'il y avait eu composition, aurait dû prendre la forme d'une annexe spéciale à l'action c'est-à-dire d'une *exceptio*. Mais on sait que le *pactum* supprimait *ipso jure* l'*actio furti*, et cela n'était possible que si celle-ci tendait à *oportere*. Vis-à-vis de cette forme, cette objection se présentait comme négation, comme affirmation du *non oportere*.

sur le fait *(factum)* qui servait de base à la prétention du demandeur, et comme ce fait appartenait régulièrement au passé, la formule était conçue au parfait de l'infinitif, en opposition avec le présent de l'infinitif du droit civil (55). Or, lorsque le défendeur était en aveu sur le fondement originaire de la demande, mais soutenait que la dette était venue à s'éteindre depuis, il fallait bien, pour permettre à ce soutènement de se produire, ajouter à la formule une phrase qui exprimât le cas. Les *actiones in factum* étaient donc en général composées de deux parties ; elles contenaient deux questions : une dans l'intérêt du demandeur, portant sur le fondement de l'action et une dans l'intérêt du défendeur, conçue tantôt comme *dénégation* du fondement de l'action tantôt comme *exceptio* (56).

---

(55) Par exemple, *A. A. apud N. N. mensam* DEPOSUISSE... CONVENISSE *inter A. A. et N. N., ut res pignoris nomine obligata esset... patronum in jus* VOCATUM ESSE, GAIUS, IV, 46, 47. On employait naturellement le présent lorsque l'action dépendait d'un fait actuel : par exemple, dans l'*interd. uti possidetis* fondé sur la possession actuelle : POSSIDETIS, V. dans BRUNS, *Zeitsch. f. Rechtsgesch.*, I, 59, une observation digne de remarque sur la différence de la demande dans ces deux espèces d'actions (dans l'une elle tend à l'accomplissement d'un devoir, dans l'autre à la réparation du dommage causé par un acte injuste). — Conformément à la forme ancienne de l'action, la *confessio in jure* doit aussi avoir été conçue *in jus*. Un puriste pourrait même mettre en doute que les expressions dont elle se servait aient pu s'appliquer au *factum* dans une *act. in factum ;* c'est ainsi que l'on pourrait expliquer que la *lex Rubria*, c. 22, ajoute aux mots : *confessus erit* (qu'il faut rapporter aux mots précédents *oportere, debere, esse*), le mot *dixeritre* (lequel doit être rapporté à *habere, fecisse*).

(56) Exemple de la première forme : *rem deposuisse* (partie positive du fondement de l'action) *eamque dolo malo Ni Ni Ao Ao redditam non esse,* (partie négative). Exemple des deux formes dans l'*actio hypothecaria : convenisse... ut res pignoris nomine obligata esset,* (partie positive) *eamque pecuniam solutam non esse neque eô nomine satisdatum esse neque per A. A. stetisse, quominus solveretur,* (partie négative) *si non voluntate creditoris veniit.* (EXCEPTIO, L. 8, § 9 quib. mod. pign., 20-6).

Quelques formules étaient simples; dans ce cas les éléments de la défense se trouvaient déjà contenus dans le fondement positif de l'action ([57]).

L'opposition qui existe dans la forme des *actions*, n'a d'importance pour notre étude qu'au point de vue de la *défense*, c'est pourquoi je ne m'en suis occupé jusqu'ici qu'à ce point de vue. Cette importance cependant ne se limite pas à cette seule question de la forme de la défense ; entrons dans quelques explications à ce sujet.

L'examen de ce contraste, tout extérieur qu'il paraît, donne, si l'on se place au point de vue du formalisme romain, matière à bien des réflexions. Le contraste même des diverses époques s'y reflète à toute évidence. L'*actio in jus concepta* est un de ces produits artistiques du formalisme, qui caractérisent le haut développement du sens de la forme dans la jurisprudence ancienne : à côté d'elle, l'*act. in factum* paraît grossière et semble dénoter une absence complète de formes. Celle-là en une phrase exprime ce que l'autre ne parvient à rendre qu'à l'aide de plusieurs. Mais ce qui constitue le vrai mérite de la première, c'est qu'en faisant de l'existence du *droit* la condition de la condamnation, elle motive intimement cette dernière. La seconde, au contraire, ne la fait dépendre que de l'existence purement extérieure de certains *faits*. Mais de simples faits ne peuvent jamais engendrer la nécessité de la condamnation, si le terme intermédiaire, le droit, vient à faire défaut. Là donc, cette nécessité est intime, elle s'impose; car lorsque le droit existe, il faut qu'il soit réalisé; ici, la nécessité est toute extérieure, elle résulte de la forme et se base uniquement sur une

([57]) Par exemple, *patronum* CONTRA EDICTUM... *in jus vocatum esse*. GAIUS, IV, 46; dans les mots *contra edictum* se trouvait la matière pour la défense, (par exemple, L. 11 de in jus 2-4); de même dans les interdits possessoires.. *possidetis* NEC VI NEC CLAM NEC PRECARIO *alter ab altero*. (L. 1 pr. uti poss. 43-17).

disposition positive. L'*actio in jus* enfin amalgame en une seule *idée*, toutes les parties constitutives des conditions légales; l'*act. in factum* les place l'une à côté de l'autre comme une agrégation purement extérieure. Cette différence est d'une importance extrême, elle explique tout un côté de la jurisprudence romaine. Celui qui allègue un droit doit se rendre compte de sa nature; celui qui invoque de simples faits peut se soustraire à cette nécessité La *formula in jus concepta* imposait donc l'obligation de concevoir clairement la nature systématique des droits; le juriste qui voulait tirer d'une *lex* quelconque, une *legis actio*, avait à s'assurer d'abord si l'*intentio* devait tendre à *esse* ou à *oportere*, en d'autres termes, si la demande était absolue ou relative. Il aurait pu éviter cette recherche s'il lui avait été permis de concevoir la formule *in factum*. C'est ce que réalisa plus tard l'*actio hypothecaria*. Peut-être alors aurions nous vu s'établir sur les droits de l'ancien droit civil la même controverse qui s'agite aujourd'hui au sujet de la nature du droit hypothécaire. Grâce à l'absence de formes qui caractérise nos actions, (on ne peut pas même leur donner le nom d'actions *in factum*), la nature civile de bien des droits d'origine moderne est restée pendant des siècles, et reste encore parfaitement indéterminée. Cette situation n'aurait jamais pu se présenter pour l'*actio in jus concepta* romaine. Les droits réels, par exemple, dès le début de la procédure, auraient dû se proclamer *actio in rem* ou *actio in personam*. Le langage de l'*actio in jus concepta* est la langue du juriste. Le premier venu sait s'exprimer comme l'*actio in factum*. Heureux le droit pour lequel on fut de bonne heure contraint d'apprendre la langue du juriste.

D'un autre côté, cependant, la jurisprudence aurait pu sombrer sous cette obligation de traduire exactement les principes du droit dans les formules des actions *in jus conceptae*. La mesure dans laquelle le fond du droit devait s'exprimer dans l'action pouvait, au lieu d'imposer la clarté scientifique, devenir un obstacle à tout progrès; la précision pouvait entraîner l'immobilité. En effet, ce qui s'était enchâssé dans la formule de

la *legis actio* devenait quasi immuable. Si, agissant comme le firent dans des temps postérieurs ceux qui composèrent les formulaires d'actions et d'actes, les juristes anciens avaient conçu la formule de la *legis actio* avec une portée plus large, si, par exemple, ils avaient accueilli dans la formule de la revendication les divers modes d'acquisition de la propriété, tout progrès intérieur dans le sein des institutions eût été à tout jamais compromis. L'immuabilité de la forme se serait étendue au fond. Grand fut donc le tact de la jurisprudence ancienne : elle sut *fixer* les principes dans l'action, sans les enchaîner.

Voyons maintenant quelle était la latitude que l'*actio in jus concepta* accordait à la défense.

Cette latitude paraît au premier abord avoir été très-restreinte. En effet, s'il ne reste au défendeur que la ressource d'une simple *dénégation,* il ne peut par cela même invoquer aucun autre motif ou rapport qui n'entraîne pas directement la non-existence de la demande formée contre lui. Dans ces conditions, par exemple, le propriétaire peut avec succès revendiquer contre l'usufruitier, car invoquer un usufruit, ce n'est pas dénier le droit de propriété de l'adversaire. Mis en regard de ces limites étroites de défense, le champ que l'*exceptio* ouvrit plus tard devant le défenseur, semblerait infiniment plus vaste. Sur ce terrain nouveau, le défendeur affranchi de toute restriction peut combattre comme il l'entend les prétentions du demandeur : il peut les laisser subsister dans leur existence juridique abstraite et s'opposer cependant à leur exercice à cause des vices dont elles sont affectées; il peut repousser par des prétentions contraires celles qu'on élève contre lui; il peut même opposer l'un à l'autre les droits les plus différents, par exemple, la propriété et l'obligation *(exc. rei venditae et traditae).*

Au fond cependant, ce prétendu contraste entre le système étroit de la défense du droit ancien, et la latitude extrême reconnue par le droit postérieur, ne repose que sur une apparence. Le défendeur, il est vrai, pouvait dans le dernier sys-

tème, invoquer des motifs plus nombreux pour se faire mettre hors de cause. Les fils de famille, les femmes ne jouissaient pas encore de la protection des senatusconsultes Macédonien et Velleien, la victime d'un vol ou d'une contrainte ne pouvait encore invoquer l'*exceptio doli* et *metus*. Mais ce serait cependant une erreur d'en conclure que cette protection faisait défaut dans le mécanisme de la procédure ancienne. Si une nécesité *matérielle* seule eût exigé l'adoption de ces motifs d'excuse, la *forme* n'aurait pas été un obstacle à leur admission. Comme la défense de l'ancien droit, on aurait eu bien vite fait de les ramener à la forme d'une dénégation du droit vanté par le demandeur : on les aurait traités comme des motifs de nullité. Nous avons déjà expliqué (p. 52) pourquoi le droit postérieur s'est abstenu d'agir ainsi.

Pour dissiper cette erreur sur la prétendue différence entre la défense par négation et l'exception, le meilleur moyen est de comparer leur action respective.

L'exception nous est présentée comme un moyen qui tantôt *exclut* complètement, tantôt *diminue* seulement la condamnation ([58]). La suite de cette étude montrera que malgré les principes de la *plus petitio*, la négation pouvait également avoir ce double effet (notes 66, 76, 81, 86).

Il y a trois espèces d'exceptions, qui ont chacune leur pendant dans les divers modes de défense par négation. La première consiste à affirmer que la prétention du demandeur a une origine défectueuse. Les cas ci-dessus mentionnés de l'*exc. Sc. Macedoniani*, *Velleiani*, *metus*, *doli*, en sont des exemples. A cette première forme fondamentale : *vice* dans l'origine de la demande, correspond dans le système de la négation, la *nullité* originaire. Nous en rencontrons des exemples dans tous les motifs qui excluent *ipso jure* la naissance d'un acte juridique :

([58]) L. 22 pr. de exc. (**44-1**). Sur la force diminuante de l'*exc.* V. H. DERNBURG, *Die Compensation*, p. 218 s.

vices de forme, par exemple : prétérition d'un *suus* dans le testament, incapacité d'agir : par exemple, contrats d'un fou, d'un mineur, collation de la *tutoris auctoritas in rem suam*, etc.

La deuxième forme fondamentale de l'exception concerne le vice survenu plus tard dans le droit poursuivi par le demandeur. Elle comprend tous les évènements de la vie du droit qui sans anéantir le droit même, entravent cependant son *efficacité* ultérieure. — Vices qui assimilent complètement le droit originairement sain, à un droit altéré dès le début. A ces motifs correspondent dans le système de la négation, ceux qui anéantissent, postérieurement, le droit, *ipso jure*; à l'*infirmation* correspond l'*annulation*. Exemples de la première : la prescription de l'action, le pacte rémissoire sans formes, *(pactum de non petendo)*; de la seconde : la perte de la propriété réclamée, par usucapion de la part du défendeur, la cession formelle *(acceptilatio)*, le *pactum* dans l'*actio furti*, etc.

C'est un vice inhérent au droit même poursuivi par le demandeur qui engendre les deux premières formes fondamentales de l'exception. La troisième dérive du rapport de ce droit avec un droit indépendant, appartenant au défendeur. Elle nous représente le conflit de deux droits qui dans leur réalisation s'entravent et se paralysent, par exemple : de deux obligations (exception de compensation, de rétention) ou de la propriété et d'une obligation *(exc. rei venditae et traditae)*. Il paraîtrait douteux au premier abord que le système de la négation soit en état de fournir également le pendant de cette forme. Réduit à nier le droit poursuivi contre lui, comment le défendeur opposera-t-il une prétention contraire positive ? La chose est possible, cependant, si l'on donne au conflit de ces deux prétentions une forme telle que l'une *exclue* d'avance l'autre ou l'*anéantisse* après coup. C'est l'objet de la suite de cette étude, de montrer comment les juristes anciens ont su, par l'emploi de cet artifice, donner à la forme en apparence si rigoureuse de la défense de l'ancienne procédure une souplesse qui ne le cède en rien

à celle de l'exception et permet au défendeur d'opposer au droit du demandeur un droit propre et indépendant.

Ils ont frayé les voies de la défense tantôt en s'appuyant sur les principes du fond même du droit, tantôt au moyen de l'organisation de la procédure. Dans le premier cas, le défendeur opposait son droit contraire en s'appuyant uniquement sur des règles du droit, sans que la procédure (c'est-à-dire la formule de l'action ou le jugement) contînt la moindre trace de ce droit contraire : le défendeur niait simplement *in jure* l'existence du droit allégué et établissait ensuite *in judicio* le bien fondé de sa dénégation en démontrant son droit propre qui anéantissait la prétention du demandeur. L'autre moyen consistait à donner à l'action une forme particulière qui permettait de donner à l'objection éventuelle du défendeur la forme d'une dénégation de la demande. Le droit du défendeur apparaissait ainsi *visible* dans la procédure. Lorsque pour certains rapports ce dernier moyen devenait également insuffisant, on considérait les droits réciproques comme deux actions que l'on réunissait en un seul procès double *(judicium duplex)*.

I. *Défense tirée du fond du droit.*

Séparation et développement indépendant des parties isolées, telle est la loi de tout développement en général. Cette loi se manifeste aussi dans le rapport du fond du droit et de la procédure. Intimement soudés l'un à l'autre, à l'origine, les temps qui s'écoulent les séparent de plus en plus : droit et procédure poursuivent leurs problèmes, et obéissent à leurs lois propres. Le lien qui les unissait se relâche de plus en plus, et ils ne conservent plus enfin entre eux qu'un rapport purement extérieur. Uniquement préoccupées de régler la forme des débats en justice, les institutions de la procédure se passent de l'appui d'une forme particulière du fond du droit : et négligeant la procédure, le fond du droit se consacre tout entier à la recherche des vérités qu'il a mission de proclamer. Alors vient le

moment où sans ébranler le fond du droit, l'on tentera hardiment d'introduire une organisation nouvelle de la procédure, de faire subir à celle-ci une transformation radicale, où d'un autre côté, sans porter la main sur la procédure, on revêtira le droit d'une forme entièrement neuve. Le danger aujourd'hui n'est que trop grand de mettre en oubli l'union primitive de ces deux branches et de les juger en ne se rapportant qu'aux circonstances actuelles : mais il faut remonter en idée dans la vie du passé, et se replacer au milieu des circonstances d'alors, pour saisir clairement les phénomènes que nous montre le travail de ces temps anciens.

Ces réflexions me sont suggérées par les principes du droit dont je vais tâcher d'établir l'importance. Ces principes appartiennent tous au fond du droit, et cependant leur importance est purement *de procédure.* C'est un intérêt de procédure, en effet, celui de rendre possible la défense du défendeur, qui leur a donné la vie; mais le développement ultérieur de la procédure a submergé, sans les engloutir eux-mêmes, le terrain sur lequel ils étaient éclos et qui était la condition de leur forme propre. Ils nous apparaissent donc comme des restes d'une époque antérieure survivant dans un temps qui applique à des buts semblables des formes tout autres, bien faites pour égarer l'ignorance.

Telle est d'abord la règle que ni une vente, ni un contrat de louage, ni une hypothèque, ni un précaire, ni un dépôt de sa propre chose n'est possible ([59]). Voici, à mon avis, quels étaient le sens et le but originaire de ce principe : il devait être permis au véritable propriétaire qui, dans l'ignorance de son droit, avait conclu un de ces contrats, d'invoquer sa propriété, et par suite de repousser l'action en restitution de la chose, ou

([59]) L. 45 pr. de Reg. jur. (**50-17**). *Neque pignus, neque depositum, neque precarium, neque emtio, neque locatio rei suae consistere potest.* L. 21 de usucap. (**41-3**). L. 31, § 1 dep. (**16-3**), etc.

en paiement du prix de vente ou du loyer. Dans sa forme nue, comme invocation de sa propriété propre, cette défense était impossible, car on ne pouvait faire intervenir une *question de propriété* dans un procès où il s'agissait d'une *obligation* ou de la *possession* [60]. Pour rendre pareille défense possible, il fallait lui donner la forme d'une contestation du fondement de l'action : la vente, le louage, etc. est *nul*, car il concerne ma propre chose. De cette manière, il n'était question de la propriété ni dans l'action, ni dans le jugement; le principe de l'*unité* de l'action était sauf [61].

C'était là, selon moi, un de ces principes au moyen desquels le droit ancien cherchait à réparer une erreur essentielle [62], il a pour condition tacite une erreur sur la propriété au moment de la conclusion du contrat. C'est pourquoi il n'était plus possible d'invoquer la propriété lorsque celle-ci n'était née que plus tard [63], ou lorsque les contractants avaient connaissance

---

[60] Je n'insisterai pas ici sur la question que j'ai discutée ailleurs, de savoir si l'interdit *de precario* est un *int. recuperandae possessionis*. (V. Du fondement de la protect. poss., p. 89 s).

[61] Un débat incident sur la propriété pouvait être soulevé dans la *sponsio praejudicialis*. (Gaius, IV, § 93 : *si homo, quo de agitur, ex jur. Quiritium meus est, sestercios XXV nummos dare spondes ?)*. Il était possible que ce point préjudiciel fût vidé déjà *avant* la constitution du *judicium* sur l'action personnelle, de sorte que la procédure principale disparaissait ou prenait cours selon l'issue de la procédure préparatoire.

[62] Parmi ces principes je range aussi : celui de l'influence de la prétérition des *sui* sur la validité du testament (celui qui connaît l'existence des *sui*, peut les écarter simplement par *exheredatio* d'après le droit ancien ; s'il l'a omis, on peut admettre qu'il n'a pas connu cette existence) ; la nécessité du droit de propriété du testateur dans le legs *per vindicationem* (v. plus loin) ; l'existence de la dette dans le constitut, etc.

[63] Cela résulte du principe à développer plus loin, (§ 63), dans la théorie des actes juridiques, d'après lequel on ne prend en considération que les éléments déjà existants lors de la conclusion de l'acte.

de l'état des choses lors de la conclusion du contrat. On interprétait alors leur intention d'une manière qui pouvait se concilier avec le fait de la propriété [64].

C'est ainsi que les juristes anciens admettaient le défendeur à opposer sa propriété à un droit d'obligation poursuivi par le demandeur : grâce au même moyen, on parvenait dans certains cas à opposer une créance à une autre créance. Là, nous avions à faire à un conflit entre l'obligation et la propriété; ici, nous assistons à la lutte de l'obligation contre l'obligation.

Après la dissolution du mariage, le mari devait restituer la dot : il paraissait équitable aux juristes anciens de lui accorder un droit de rétention du chef des impenses *nécessaires* qu'il avait faites. Pour les raisons que nous avons expliquées plus haut, la créance contraire du mari ne pouvait trouver place dans la formule. Que fit-on? On admit que la créance de la femme s'était diminuée *ipso jure* du montant de la créance contraire. En conséquence il n'était point question de celle-ci au procès comme telle; elle n'opérait que *négativement* comme facteur de soustraction, puisque d'avance elle diminuait d'autant le montant de l'action. Le conflit des deux créances ne s'élevait pas au cours et à l'occasion du procès, il était vidé en dehors de tout débat judiciaire. L'unique objet du procès, c'était la créance de la demanderesse diminuée d'avance de celle du défendeur.

Telle est à mon avis [65] la signification originaire du prin-

---

[64] On substituait notamment à la propriété la possession. L. 34, § 4 de cont. emt. (**18**-1)... *ut possessionem emat.*, L. 28 de poss. (**41**-2)... *specialiter possessionis solius conducendae vel precario rogandae*, L. 6, § 4de prec. (**43**-26) *cum possessionis rogetur, non proprietatis precarium.*

[65] Je persiste dans cette opinion; les explications en sens contraire de Bechmann, *Dotalrecht*, II, p. 267 s., Dernburg, *Compensation*, 2e éd. p. 105 s., Czylharz, *Dotalrecht*, p. 277 s., ne m'ont pas convaincu quant à l'époque et à la forme de procédure dont je m'occupe ici.

cipe que les impenses nécessaires diminuent *ipso jure* la dot ([66]). Il n'eût guère été possible d'assigner pareille forme à l'exercice de ce droit de décompte, s'il n'avait été consacré qu'à une époque postérieure où déjà les exceptions fonctionnaient régulièrement. Il est probable qu'il aurait dû être exercé de la même manière que le droit de créance du mari pour les impenses utiles ([67]), c'est-à-dire comme droit de rétention *(exc. doli)*. La différence de forme que nous remarquons dans ces droits et dans leur poursuite, porte le cachet de leur époque respective et l'empreinte du système de procédure en vigueur lors de leur naissance; au point de vue pratique, ils ne sont que des cas d'applications du droit de rétention, et telle fut aussi à leur égard la manière de voir des juristes romains ([68]).

Nous ne possédons aucun détail sur la forme donnée à ce décompte pour l'introduire dans la formule. Pas de difficulté pour l'époque où les actions revêtues d'une *intentio certa* (p. 19) avaient disparu; la femme demandait au moyen de l'*act. rei uxoriae: quantum aequius melius sit dari*. Le mot *quantum* indiquait déjà la diminution de la dot par la créance contraire. Mais à l'époque où le principe de l'*intentio certa* était encore en vigueur, où une action dotale proprement dite n'existait pas encore, il fallait, pour poursuivre la restitution de la dot,

---

([66]) Impensae necessariae dotem ipso jure minuunt ; L. 5, § 2 de pact. dot. (**23**-4), L. 5 de imp. (**25**-1). L. 1, § 4. L. 2, § 1, L. 5 de dote prael. (**33**-4). L'explication que d'autres donnent de cette règle (v. par exemple, Dernburg, *Compensation*, p. 105 s), est moins une explication qu'une autre conception de la règle.

([67]) L. 7, § 1 de imp. (**25**-1).. *utiles non quidem ipso jure minuunt dotem.*

([68]) Le passage de Justinien dans le § 37. Inst. de act. (**4**-6), *(retentio concessa)*, n'a guère d'importance. Les textes les plus décisifs, sont : Ulp. VI, 9, 14, *(retentio propter impensas)*, L. 56, § 3 de J. D. (**23**-3).. *retineatur;* v. aussi la note précédente; de même dans le pécule, (v. plus loin), pour lequel la L. 30 p. de act. emt. (**19**-1), identifie pareillement, *ipso jure minutum esse peculium* et *retentionem habiturum*.

pouvoir s'appuyer sur des stipulations faites *(cautiones rei uxoriae)* (69). Il ne suffisait pas que l'action eût pour objet un *quantum* indéterminé, elle devait porter sur un objet dotal parfaitement certain, et par conséquent, lorsque la dot était en argent, l'action devait tendre à de l'argent. Dans ce cas, pour éviter une *plus petitio*, et par conséquent pour ne pas s'exposer au danger de perdre tout son procès, la femme aurait dû déduire, jusqu'à la dernière obole, le montant de la créance du mari. Mais comment lui imposer cette obligation? D'un côté elle ne pouvait par elle-même connaître le montant de cette créance; d'un autre côté, elle ne devait pas, en l'absence de toute preuve, ajouter foi aux allégations du mari. Dans l'espèce il n'y a nulle analogie à établir avec le cas de l'*argentarius* (v. plus loin), qui pouvait et devait connaître exactement la créance contraire. C'est ici, à mon avis, que nous découvrons le but de l'action préjudicielle sur *le montant de la dot*, indiquée par Gaius (70). La nécessité de cette action préjudicielle n'a pas encore été jusqu'ici démontrée d'une façon plausible. Elle constitue une superfétation évidente dans le système de l'*intentio incerta* qui permettait de fixer dans le cours même de la procédure le montant de la dot. Il faut donc nécessairement la faire remonter au système de l'*intentio certa*. Mais comment l'y introduire? Admettra-t-on que la femme pouvait faire constater en justice l'import exact de sa dot, soit immédiatement après la constitution et le paiement de celle-ci, soit plus tard à un moment quelconque? Mais à quoi bon? Si à l'occasion de l'action préjudicielle la femme pouvait, et devait même pour éclairer le juge, établir le montant de sa dot, la même faculté devait

(69) Gellius, *N. A.*, IV, 3, les fait dater du divorce de Carvilius Ruga (an 523 de Rome); mais à cette époque le principe de l'*intentio certa* était encore, selon moi, en pleine vigueur.

(70) Gaius, IV, 44 : *praejudicialibus formulis, qualis est, qua quaeritur..* quanta dos sit. L'explication de O. Bülow de praejud. form., (Breslau, 1859) ne me satisfait point.

lui être accordée à l'occasion de l'action dotale. Que venait donc faire cette preuve anticipée dont la procédure ancienne n'offre aucun autre exemple? Et si pareil procédé était admis pour la dot, pourquoi ne l'aurait-il pas été pour toute autre créance? Appliquée à la créance de la demanderesse, cette action préjudicielle reste donc un non-sens. Mais si au contraire on la met en rapport avec la contre-prétention du défendeur, elle prend aussitôt une signification des plus claires. En effet, après la dissolution du mariage, lorsque la femme entendait faire valoir son droit à la restitution de la dot ([71]), des contestations pouvaient s'élever entre parties sur la créance du défendeur; ces contestations pouvaient porter non-seulement sur le *montant* des impenses mais encore sur leur *nécessité* ([72]). Il est évident également que contraindre la femme à poursuivre son droit par la voie de la procédure ordinaire, c'était l'exposer aux risques de la *plus petitio*. Du reste, les parties pouvaient encore vouloir vider la question à l'amiable, et sans procès ([73]). L'objection, que la formule de l'action, si tant est que GAIUS la reproduit fidèlement, reste muette sur le montant des impenses, et ne parle que du montant de la dot, n'est pas fondée: au fond l'un impliquait l'autre ([74]) et peut-être même cette formule

---

([71]) J'ignore comment CZYLHARZ, *l. c.*, p. 280 en est venu à m'imputer cette opinion — qui n'est pas même digne de réfutation —, que le mari, dès qu'il avait fait une impense, devait intenter ce *praejudicium*. Pendant le mariage on ne savait même pas encore, s'il y aurait lieu à restitution; le *praejudicium* n'avait de sens que du moment que cette circonstance était établie, et que la femme ne reconnaissait pas le montant et la nature des impenses nécessaires effectuées par son mari.

([72]) L. 15 de imp. (**25-1**).. *non tam facile in universum definiri possunt.*

([73]) De même lorsqu'il s'agissait du montant de la dot, par exemple, à l'occasion de la collation. L. 1, § 5 de dot. coll. (**37-7**)... *impensarum necessariarum fit detractio.*

([74]) De même dans le débat sur la quarte Falcidie, la demande ne porte pas directement sur son montant, mais sur celui de l'hérédité (V. plus loin).

élargie répondait-elle à d'autres buts que nous ignorons (75).

Un deuxième cas de conflit d'obligations vient confirmer l'opinion que nous venons de développer : il concerne la manière dont se réglait la déduction de la quarte Falcidie. Comme pour la dot, il est dit que la loi Falcidie réduit les legs *ipso jure* jusqu'à concurrence de la quarte revenant à l'héritier (76). Il s'agit encore d'un droit de décompte (77). La même difficulté de procédure pour faire valoir ce droit se présentait dans le droit ancien. En effet, lorsque l'hérédité était surchargée de legs, ceux-ci se réduisant *ipso jure* jusqu'à concurrence de la quarte de l'héritier, la demande en délivrance de tout le montant de ces legs contenait une *plus petitio*. Le légataire, pour parer à ce danger, devait déduire la quarte. Comment s'y pren-

(75) Lorsque l'*arbiter* avait déterminé le montant des *impenses*, la demanderesse pouvait, avant qu'il prononcât : *quanta sit* DOS, payer les dépenses et s'assurer ainsi la restitution intégrale de la dot originaire, arg. L. 56, § 3 de J.D. (**23**-3) v. *nisi impensa reddatur*. Ainsi disparaissent les difficultés que CZYLHARZ, *l. c.*, rencontre dans le cas où la dot consistait non en argent, mais en d'autres choses. Si la femme ne payait pas la somme des impenses arrêtée par l'*arbiter*, avant la prononciation du *praejudicium*, il estimait les choses en argent, déduisait le montant des impenses et prononçait finalement en argent. Si elle voulait l'éviter et ravoir les choses en nature, elle pouvait payer les impenses, tout comme devait le faire le légataire dans le cas de la L. 5, § 1 de exc. doli (**44-4**), et le revendiquant par rapport aux impenses du défendeur, s'il ne voulait pas que finalement on arrivât dans la *sententia* à l'estimation de la chose en argent avec imputation des créances de part et d'autre.

(76) L. 73, § 5 ad leg. Falc. (**35**-2).. *pro rata portione per legem* IPSO JURE MINUUNTUR. L. 1, § 5 quod legat. (**43**-3).

(77) De là aussi les expressions : DEDUCERE et DEDUCTIO appliquées à l'un et à l'autre, par exemple, L. 15, 16 de imp. (**25-1**).. *ex dote deduci.. ex dote deductionem*. L. 80 pr. ad leg. Falc. (**35**-2). ULP., XXV, 14.. *quarta deducta ;* DETRAHERE, L. 1, § 5 de dot. coll. (**37**-7), L. 73, § 5 ad leg. Falc. (**35**-2). De même dans le pécule (v. plus loin), L. 11, § 7 de pec. (**15-1**).. DEDUCERE... DETRAHERE.

drait-il? On ne pouvait exiger de lui [78] qu'il eût, ou acquît une connaissance exacte des forces de l'hérédité; l'héritier lui-même, peut-être, les ignorait ou il se refusait à les lui faire connaître.

Divers moyens [79] permettaient de se rendre compte de l'état de l'hérédité. Nous n'indiquerons que celui que présentait l'action préjudicielle; cela nous permettra de ne pas nous écarter de notre sujet. On constituait arbitre entre parties; l'arbitre évaluait l'état de la fortune, et grâce à sa décision, le légataire estimait lui-même la quarte et réduisait son action d'autant.

L'institution du *pécule* nous offre une troisième application *du droit de rétention et de compensation dans sa forme la plus ancienne*, ou en d'autres termes, du principe que la prétention du demandeur se réduit *ipso jure*, en proportion de la créance du défendeur [80]. Comme on le sait, le droit romain établit des obligations naturelles entre le chef de famille et les personnes qui sont soumises à sa puissance. Si ces dernières sont en possession d'un pécule et que le chef de famille est actionné en paiement de leurs dettes du chef de ce patrimoine séparé *(actio de peculio)*, ou en abandon complet de celui-ci par suite d'un legs, ou pour un autre motif, il a droit au décompte de ses créances. Mais l'organisation de la procédure ancienne interdit d'opposer une créance à la créance du demandeur; on ne peut agir que négativement par voie de soustraction. Comme la dot,

---

[78] L. 76, § 1 de rei vind. (**6-1**).. *justam enim habet ignorantiam legatarius.. quotam partem vindicare debeat.*

[79] Par exemple, la *vindicatio* avec *deductio* (v. plus loin); ensuite pour des objets indivisibles, le moyen indiqué par les L. 80, § 1 ad leg. Falc. (**35-2**) et 5, § 1 de doli exc. (**44-4**).

[80] L. 1, § 6 si cui plus (**35-3**).. ARBITER *dari solet ad ineundam quantitatem bonorum.* Ainsi s'explique la L. 76, § 1 de reivind. (**6-1**).. *propter incertam detractionem ex legatis, quae vix apud* JUDICEM, (c'est-à-dire non *in judicio*, mais dans le PRAE-*judicium*) *examinatur.*

qui se diminue du montant des impenses nécessaires, le pécule se réduit en proportion des créances du chef de famille ([81]). L'opération était fort simple, si l'action intentée était personnelle: le demandeur se bornait à indiquer le montant de sa créance. Il n'était pas obligé d'en faire autant pour le montant du pécule ([82]), mais il demandait paiement jusqu'à concurrence du montant du pécule, sans spécifier davantage. Pas de procédure préjudicielle donc, d'abord, comme pour la dot, sur le montant du pécule; ce point se vidait de lui-même lors de la condamnation. La difficulté commençait, lorsque l'action était réelle. Le maître défunt de l'esclave, par exemple, lui avait légué le pécule à lui-même, ou à un autre, dans la forme des legs *per vindicationem*. Impossible, dans ce cas, au légataire de réclamer le *montant* ou la *valeur* du pécule pour le tout; il devait revendiquer les choses isolées ([83]); or, on ne peut déduire les *dettes* des *choses*, la propriété et l'obligation étant des quantités irrationnelles ([84]). A l'affirmation du demandeur : « les choses sont à moi, » le défendeur ne pouvait opposer : « j'ai une créance; » son droit de créance, pour que le droit de la décompter lui restât acquis, devait se transformer dans

---

([81]) L. 30 pr. de act. emti. (**19-1**).. *ipso jure.. minutum esse peculium,* L. 11, § 7 de pec. (**15-1**).. *non est in peculio, quod domino debetur*, L. 9, § 2 ibid. *peculium deducto, quod domino debetur, computandum esse.* C'est à ces diminution, augmentation et extinction *juridiques* qu'il faut rapporter la décision de la L. 40 pr. de pec. (**15-1**); *peculium nascitur, crescit, decrescit, moritur.* (V. ci-dessus note 38). Faire intervenir ici l'idée de l'*universitas juris*. (DERNBURG, *Compensation*, p. 117 s), pour expliquer cette règle n'est à mon avis, ni nécessaire, ni suffisant.

([82]) L. 30 pr. de pec. (**15-1**).. *intenditur enim recte, etiamsi nihil sit in peculio.*

([83]) L. 56 de reivind. (**6-1**).. *singulas res.. petet.*

([84]) L. 5 pr. de imp. (**25-1**).. *etenim absurdum est, deminutionem corporis fieri propter pecuniam.* L. 26, § 4 de cond. ind. (**12-6**) *non fit confusio partis rei cum pecunia.*

ce cas en une *quotité de propriété*, le droit à une *valeur* devait se condenser en un droit à la *substance* ([85]). Les deux termes de la soustraction se trouvaient ainsi réduits en quantités de même espèce. Le défendeur obtenait la copropriété de chaque chose isolée, dans la proportion qui existait entre le montant de la créance et la valeur totale du pécule. Comme plus haut, le droit du demandeur était diminué *ipso jure;* comme plus haut, le droit du défendeur s'opposait à lui sous la forme d'une négation (partielle) ([86]). Cette situation créait au demandeur les mêmes embarras que rencontrait la femme quant à sa dot : pour éviter la *plus petitio,* il ne pouvait réclamer que ce qui restait du pécule, déduction faite de la part du défendeur. Mais il ignore cette part, il ne pourra donc pas faire la déduction. A quoi se résoudre? Une procédure préjudicielle eût fort bien convenu : le droit antérieur y a-t-il eu réellement recours? C'est ce que nous nous garderons de trancher. Les juristes romains nous signalent l'*act. communi dividundo,* et la *vindicatio incertae partis* ([87]) comme les deux expédients qui furent mis en usage ; mais je doute fort que la procédure an-

([85]) Cette différence est très clairement énoncée dans la L. 5 pr., citée dans la note précédente.

([86]) On comprendra maintenant la signification des mots : SINGULA CORPORA *pro rata deminui debebunt.* (L. 6 pr. de pec. leg. **33**-8) et *: si crediderit, id ipso jure detrahi et* CORPORA SINGULA *per hoc aes alienum deminui.* (L. 8 pr. ibid.). Le même raisonnement s'applique et, pour les mêmes motifs, à la quarte Falcidie, L. 1, § 5 quod leg. (**43**-3).. *ipso jure remanet, et si corporaliter res in solidum translatae sunt* et arg. L. 76, § 1 de rei vind. (**6**-1), L. 8, § 1 Comm. div. (**10**-3). Si la femme avait dû réclamer la restitution de la dot par une revendication au lieu d'une action personnelle, l'explication d'ULPIEN dans la L. 5 p. de imp. (**25**-1), aurait été complètement différente.

([87]) L. 8, § 1 Comm. div. (**10**-3); on mentionne ici aussi le cas de décompte de la quarte Falcidie, et il revient dans la L. 76, § 1 de rei vind. (**6**-1).

cienne ait accordé ces deux actions pour permettre la revendication d'une part indéterminée ([88]).

Voici maintenant quel est le caractère commun des cas que nous avons rencontrés jusqu'ici. A la prétention du demandeur, le défendeur oppose une prétention complètement indépendante, mais rien de celle-ci n'apparaît dans la procédure; elle n'exige aucune coupe particulière de la formule. L'objection conserve le caractère de dénégation du fondement de l'action, et comme pour tous les autres motifs qui rentrent dans les limites d'une négation, c'est-à-dire qui excluent *ipso jure* le droit du demandeur, la formule de l'action peut rester muette à cet égard.

Façonner le fond du droit en vue de certains buts de procédure, couvrir une exception sous l'enveloppe d'un principe de droit, telle fut donc la voie suivie par les juristes romains dans les cas que nous venons d'examiner. Le même système se retrouve dans d'autres cas encore, où il ne s'agit plus de l'exercice d'un droit en opposition avec un droit contraire. Cette préoccupation de la procédure se trahit dans maintes règles du fond du droit : un œil clairvoyant s'en rend aisément compte. Les juristes romains établissaient comme condition du prêt, le transfert de la propriété ([89]). Entendaient-ils par là que le demandeur dût soutenir et prouver l'existence de cette condition? C'est une idée qui ne mérite guère d'être refutée. Cette condition avait plutôt pour but de ménager au défendeur une

---

([88]) Pour la *reivind.* ce doute n'a pas besoin de justification; quant à l'*act. comm. div.*, je m'appuie sur ce que d'après le système de la division des actions dans la procédure ancienne (§ 61) cette action, ne pouvait avoir en même temps pour fonction d'établir la propriété des parties puisque à cet effet, il y avait une action particulière : la *reivindicatio*. V. à cet égard l'analogie de l'*act. fam. ercisc.* L. 1, § 2 si pars her. (**5-4**).. *aut si controversiam sibi* NON *faciunt hereditatis, familiae erciscundae.*

([89]) L. 2, § 4 de reb. cred. (**12-1**). *In mutui datione oportet dominum esse dantem.*

objection *ipso jure* basée sur l'éviction de l'objet du prêt. De même que la *bona fides*, dans l'usucapion, et la qualité de la chose qui la rendait susceptible d'être usucapée, cette condition positive du prêt ne s'agitait au procès qu'en forme de défense à l'action et seulement dans des circonstances tout à fait spéciales. A défaut de cette règle, le défendeur n'aurait pu produire l'objection que sous la forme d'une *exceptio :* autant dire que cette défense lui eût été interdite dans l'ancien droit. Sous la forme d'une condition légale absolue et positive, ce principe contenait donc les éléments d'une défense éventuelle. Le même raisonnement s'applique, à mon avis, à la condition de propriété du testateur sur l'objet du legs *per vindicationem* (90). Imposer la preuve de cette condition au légataire eût été dans la plupart des cas rendre le legs absolument inefficace. On aurait ainsi complètement renversé, quant au devoir de preuve, le rapport naturel entre l'héritier et le légataire. Les preuves de la propriété du testateur, en effet, s'il en existait, se trouvent toutes, non entre les mains du légataire, mais entre celles de l'héritier; c'est un non-sens à mes yeux d'imposer au légataire l'obligation de fournir cette preuve : chercher à le démontrer serait perte de temps (91). Cette condition non plus n'offrait d'autre but pratique que de garantir à l'héritier la matière d'une défense contre la validité du legs. Quant au bien fondé de cette défense, il lui incombait évidemment d'en apporter la démonstration, en prouvant, soit que la

(90) GAIUS, II, 196. ULP., XXIV, 7.

(91) Contre cette idée v. aussi l'attestation de QUINTILIEN, *Inst. Or.*, IV, 2, § 6 : *satis est dixisse :...* LEGATUM PETO EX TESTAMENTO; *diversae partis expositio est, cur ea non debeantur.* Dans ce cas se justifie d'une manière frappante la nécessité d'indiquer la *cause* réciproque dans la revendication (v. plus loin). En effet, comme le légataire aussi bien que l'héritier invoquaient de part et d'autre comme *cause,* outre le legs et le droit héréditaire, la propriété du testateur, et qu'ils étaient ainsi d'accord sur ce dernier point, il n'en fallait évidemment pas de preuve.

chose lui appartenait à lui, soit que le testateur en avait postérieurement à la confection du testament transféré la propriété à un tiers ([92]). Bien d'autres cas encore doivent avoir présenté l'application des mêmes principes ([93]).

Ce système cependant n'était pas susceptible d'une application générale. Pratique en cas de concours de droits différents

([92]) De là la nécessité de la propriété au moment du testament *et* de la mort. Gaius, II, 196. Sous ce point de vue tombait assurément aussi un engagement postérieur de la chose, en forme de *fiducia*, tandis qu'une chose déjà donnée en *fiducia* pouvait valablement être léguée dans la forme du legs *per vindicationem*. Gaius, II, 220.

([93]) Dans mon ouvrage sur le fondement de la protection possessoire, (trad. fr. p. 47 s.), j'ai nommé en outre : La propriété de l'esclave stipulant, comme condition de la validité de la stipulation, la propriété de la chose volée ou lésée, dans la *cond. furt.* et *act. leg. Aquiliae*, la suffisance de l'hérédité pour les legs délaissés. C'est une erreur répandue, occasionnée par notre théorie actuelle des preuves, que dans la procédure romaine le demandeur devait toujours prouver les conditions de son droit établies dans l'édit ou dans la formule. Où cela aurait-il conduit ! Que l'on compare seulement les L. 1, § 6 quod falso (**27**-6), *si id actor ignoravit*, L. 1 p. de his qui (**9**-3) : *insciente domino*, L. 7, § 11 de Publ. (**6**-2) : *qui* BONA *fide emit*, L. 1 pr. ibid. : *non a domino*, L. 16, § 2 de pec. const. (**13**-5) : *neque solvere, neque fecisse neque per actorem stetit.* Gaius, IV, 47 *dolo malo redditam non fuisse.* Il en était de même, assurément, de la clause des interdits possessoires : *nec vi, nec clam, nec precario* (laquelle, par conséquent n'obligeait pas le demandeur à la preuve de la possession relativement non vicieuse, ainsi que l'admet Rudorff sur Savigny, (Possession, 7e édit. p. 691). On cherche à pallier l'erreur de cette opinion en invoquant des présomptions de bonne foi, etc. La question de savoir s'il ne faut pas admettre le même rapport que ci-dessus dans le constitut et dans la novation, quant à la condition de l'existence d'une dette antérieure ne doit pas selon moi, être résolue d'une manière aussi absolument négative que le fait Bruns, *Zeitsch. f. R. G.*, I, p. 73. En présence des autres cas que j'ai cités, je suis plutôt porté à croire qu'il n'y avait pour le défendeur, dans cette condition, qu'une défense *ipso jure*, semblable à celle de l'*exc. doli.*

qui tous les deux s'annulaient réciproquement, soit pour le tout, soit en partie, il devenait impuissant chaque fois que ces droits parvenaient à coexister sans se heurter. La propriété dans le chef du demandeur se concilie parfaitement avec l'existence d'un usufruit en faveur du défendeur, la copropriété de l'un n'empêche nullement la copropriété de l'autre. Il fallait cependant, sans entamer le principe de l'unité de la demande, permettre au défendeur d'invoquer son droit, droit qui dans l'espèce ne se présente plus comme la négation du droit adverse.

Les juristes romains ont parfaitement résolu le problème que nous venons d'examiner. La défense étant indiquée, ils y ont adapté l'action elle même. Ils ont contraint le demandeur à formuler sa propre prétention en des termes tels que la prétention du défendeur soit la contradiction directe, la négation de la demande. L'action, en quelque sorte, va au devant de la défense. Mais le moyen, parfois, reste en deçà du but à atteindre et l'on arrive alors à une procédure où, de part et d'autre, les parties font valoir des assertions positives : à l'*action double.*

Ce qui précède nous conduit à examiner trois formes de procédure, savoir :

1) *l'action avec réserve du droit adverse,*

2) *la substitution d'une formule d'action dans l'intérêt du défendeur, à la place de celle choisie par le demandeur.*

3) *l'action double.*

1. *Action avec réserve du droit adverse.*

L'action de l'*argentarius* [94] et celle du *bonorum emtor*, sont deux cas d'application qui, depuis la découverte des Institutes de Gaius [95], sont familiers à tout homme versé dans l'histoire du droit romain. Le premier doit forcément, (Cogitur) *cum com-*

---

[94] Déjà mentionnée ci-dessus, p. 41.

[95] Gaius, IV, 64-68.

pensatione agere; l'autre, JUBETUR *cum deductione agere* [96]. La différence qui caractérise les deux cas, ne nous importe guère ; GAIUS du reste l'explique clairement. Mais ce qui nous intéresse davantage, c'est la circonstance qui leur est commune, c'est-à-dire la manière dont il y est tenu compte de la créance contraire du défendeur.

On procède absolument de même que pour la dot et le pécule, c'est-à-dire que l'on a recours à une *soustraction*. Mais dans la dot et le pécule cette soustraction n'apparaît pas comme telle dans la procédure; l'on n'y constate que ses *effets;* ici, au contraire, la formule d'action elle-même en fait foi. En effet, le demandeur y réclame, « autant qu'il lui revient, déduction faite de la créance contraire du défendeur. » Mais l'*argentarius* doit renseigner exactement, jusqu'au dernier centime la créance contraire et son solde ; toute erreur entraîne la perte du procès. Il n'y a aucun arbitraire à exiger de lui l'exactitude la plus rigoureuse, car il fait profession de tenir des livres, des comptes, et de ce chef il retire salaire. Dans le cas du *bonorum emtor,* au contraire, le demandeur est le plus souvent dans l'impossibilité de connaître exactement le montant de la créance de sa partie adverse; aussi n'est-il pas tenu d'indiquer le montant dont la fixation appartient au juge. Bien que dans ce cas comme dans l'autre, les débats portent également sur une créance contraire du défendeur, le principe de l'unité de la demande n'en reste pas moins sauf dans la forme : l'une créance en effet, celle du défendeur, ne vient pas *s'opposer* comme telle à la prétention du demandeur, comme s'il s'agissait de deux prétentions indépendantes; elle apparaît simplement

(96) Nous n'avons pas à nous occuper ici de la relation qui peut exister entre ce cas et la compensation du droit postérieur, PAUL, *S. R.*, II, 5, § 3... *compensare ac deducere debes*, L. 4, L. 18, § 1. L. 21 de comp. (16-2). L'action du *bonorum emtor* est bien d'origine prétorienne, mais elle est conçue tout à fait dans l'esprit de la procédure ancienne.

comme une modalité de la créance litigieuse, comme un élément décisif pour en déterminer le montant. Le procès, en d'autres termes, ne roule pas sur deux créances de 100 et de 20, mais sur une seule de 80 [97].

L'application de ces principes ne se bornait pas, assurément, aux deux cas rapportés par Gaius. Rien, il est vrai, ne l'atteste pour les actions personnelles où une créance peut se trouver en conflit avec une créance contraire [98]; mais il en était certainement de même en matière réelle, lorsqu'il y avait conflit de la propriété et de l'usufruit. Supposons que quelqu'un léguât, par testament, à sa veuve, l'usufruit d'une maison dont il laissait la propriété à un tiers; la validité de ce dernier legs étant contestée, l'intéressé portait la contestation en justice. Il pouvait agir par la *reivindicatio* contre la veuve comme à l'égard de toute autre personne; mais tandis que dans son action vis-à-vis de tout autre il n'avait pas besoin de mentionner que l'usufruit lui avait été enlevé, vis-à-vis de *cette* défenderesse il était tenu de faire mention de cette circonstance, car c'était à elle, son adversaire, qu'appartenait cet usufruit. Libre à lui de reconnaître ou de contester ce droit d'usufruit, mais, si lui devait pouvoir faire reconnaître sa propriété, elle aussi devait pouvoir faire reconnaître son usufruit. Il y avait pour cela un moyen bien simple, c'était d'ajouter à la formule de la *reivindicatio* les mots : *deducto usufructu*. Cette rédaction de la formule nous est formellement attestée en matière de juridiction volontaire [99], et la loi de correspondance

[97] L. 21 de comp. (**16**-2) : *ab initio minus ab eo petitur*. Gaius, IV, 64, *ab initio compensatione facta minus intendit sibi dari oportere.*

[98] Je n'oserais affirmer qu'il s'agît d'une action avec *deductio* dans le § 108. Vat. Fragm. ... deductis *quintis singulorum liberorum nomine repetere posse ;* comp. Ulp., VI, 4 : *quintis* relictis.

[99] Les formules de la *mancipatio* et de l'*in jure cessio* avec *deductio* sont reproduites dans les Vat. Fr., § 50. Cette dernière *(aio hunc fundum meum esse deducto usufructu)* présente un intérêt tout particulier, l'*in*

des formes entre cette juridiction et la juridiction contentieuse (III, 306), comme aussi la corrélation intime et nécessaire entre les formes de l'établissement des rapports juridiques et celles de leur exercice en justice rendent fort probable que la formule de l'*in jure cessio deducto usufructu* trouvait également emploi en matière de revendication. Cela devient même presque certain si l'on considère la nécessité pratique d'une pareille formule, d'une part, et que de l'autre l'on observe les deux cas que nous avons cités d'une action personnelle accompagnée d'une réserve de ce genre ([100]).

Il est possible que l'on en vienne à découvrir d'autres cas encore d'une pareille action avec *deductio* ([101]). Qu'il nous suffise pour le moment, d'avoir reconnu cette action comme espèce déterminée.

2. *Substitution d'une formule d'action.*

Dans les deux cas ci-dessus (note 95), le demandeur était

jure cessio étant, comme nous l'avons vu, (III, 235), une imitation de la revendication. Au lieu du mot *deducto*, on rencontre aussi, comme pour les impenses nécessaires de la dot, (note 77), le mot *retento*. (Vat. Fr., § 313) ou DETRACTO (L. 36, § 1, L. 54 de usufr. **7-1**, L. 19 de usu leg. **33-2**). Dans Gaius, II, 33, on trouve les deux termes : *detrahere* et *deducere* employés concurremment.

([100]) Ce serait vainement que l'on m'objecterait l'EXCEPTIO *rei usus fructus nomine* TRADITAE. (L. 7 pr. ususf. quemad. **7-9**), car cette exception, comme l'*exc. rei venditae et traditae,* doit être rapportée uniquement au cas où le droit prétendu n'a pas été réellement établi, mais où la chose a seulement été livrée (*traditae*) dans ce but, en un mot à l'*ususfructus traditus*, qui *ipso jure* était considéré comme non existant. V. aussi L. 16 si serv. (**8**-5) qui accorde également l'*exceptio* pour une servitude prédiale simplement *achetée* c'est-à-dire non constituée dans la forme juridique.

([101]) Ne peut-on rapporter à ce cas la L. 2 de rei vind. (**6**-1) : *at, detracto alieno, nihilominus gregem vindicaturus sit ?* L'addition : *in* RESTITUTIONEM *non veniunt aliena capita* semble également plaider en ce sens.

obligé d'accueillir dans l'action une réserve au profit du défendeur. Plus forte encore était la contrainte à laquelle il était soumis dans la forme que nous allons maintenant examiner. Ici, le demandeur n'aura plus seulement à consentir à une modification isolée de la formule, il sera amené à devoir renoncer complètement à la formule dont il entendait faire usage, pour faire choix d'une autre qui permette au défendeur de poursuivre le droit qu'il entend faire valoir de son côté. L'action ne va plus seulement au devant de la défense, elle lui cède complètement le pas.

Cette contrainte qui pèse sur le demandeur est un complément nécessaire de la procédure ancienne; elle est aussi indispensable pour le défendeur, que l'est pour le demandeur, en certains cas (p. 67-70) l'action préjudicielle ([102]); ces deux institutions pouvaient seules garantir aux parties leur liberté d'action dans la poursuite de leurs droits, liberté que l'étroitesse des formes de la procédure aurait par trop restreinte.

Il suffira pour nous en convaincre d'assister encore à un débat entre le propriétaire et l'usufruitier. Supposons que le propriétaire ait simplement intenté contre ce dernier la revendication, mais que le défendeur ait invoqué son droit qui lui est contesté par le demandeur. Si l'on avait posé au juge la question ordinaire de la procédure de revendication : *si paret rem actoris esse*, jamais le juge n'aurait pu admettre le défendeur à affirmer son droit à l'usufruit; cette affirmation n'emportant pas une négation, même *partielle*, du droit de propriété dans le chef de son adversaire. Il est de principe, que

([102]) V. des exemples d'une contrainte pareille dans les sources de Justinien : L. 7, § 5 Comm. div. (**10**-3), L. 1, § 2 si pars her. (**5**-4), L. 3, § 7 de hom. lib. (**43**-49). C'est ainsi également qu'il faut comprendre la L. 4 uti poss. (**43**-17). (Degenkolb, *Platzrecht und Miethe*, p. 75 ss.); v. un exemple tiré de la procédure anglaise dans Gundermann, *Engl. Privatrecht*, I, p. 339.

l'usufruit n'est pas une partie de la propriété ([103]). D'un autre côté la formule ne pouvait contenir la défense du défendeur; car la propriété et l'usufruit sont des valeurs irrationnelles tout autant que la propriété et l'obligation (note 84), elles ne peuvent se concilier entre elles dans la même formule. On créa donc une formule qui, tenant le milieu, dans une certaine mesure, entre les droits des deux parties, laissait à chacune d'elles et la faculté d'affirmer son droit propre et celle de contester le droit de l'adversaire ([104]). C'est la formule de l'*actio negatoria*. Le demandeur soutient contre le défendeur : *jus tibi* NON *esse me invito utendi fruendi;* et le défendeur peut infirmer cette assertion en opposant cette dénégation : *jus mihi* EST *te invito utendi fruendi* ([105]). Le principe de la négation est parfaitement maintenu, seulement dans l'ap-

---

([103]) L. 25 pr. de verb. sign. (50-16). *Recte dicimus eum fundum totum nostrum esse, etiam cum ususfructus alienus est, quia* USUSFRUCTUS NON DOMINII *pars, sed servitutis sit, ut via et iter, nec falso dici* TOTUM MEUM ESSE, *cujus non potest ulla pars dici alterius esse.*

([104]) Il résulte de là, qu'au point de vue du droit romain pur, c'est une erreur de faire d'une lésion *partielle* de la propriété, la condition de l'*act. neg.*, en opposition avec la violation *totale* de la propriété, dont la réparation doit être poursuivie par la revendication. Celui qui retient la chose au propriétaire en alléguant un prétendu usufruit, ne lèse certes pas moins *totalement* la propriété que tout autre possesseur.

([105]) Lorsque l'usufruitier ou en général l'ayant droit d'une servitude se voit forcé à agir ex justice (*act. contraria,* L. 8 pr. si serv. 8-5 ou *confessoria*) le rapport entre les deux formules se retourne, le demandeur se sert de la forme positive, le défendeur de la forme négative. Ce n'est que dans les servitudes négatives, qui donnent à l'ayant droit le droit d'interdire à l'adversaire une certaine manière d'user de sa propriété, par exemple, de bâtir plus haut, que le demandeur, au lieu de diriger son action d'une manière positive vers son *jus prohibendi* (*act. prohibitoria*), peut l'intenter d'une manière négative. La science juridique n'a encore pu se rendre compte jusqu'ici de la nécessité de cette forme double, ni établir les règles qui s'y adaptaient.

plication il présente une certaine anomalie : les deux parties ont changé le rôle logique de leurs assertions ; c'est le défendeur qui affirme, c'est le demandeur qui conteste. L'assertion de la *propriété* litigieuse est dissimulée ; elle est dans les mots : *me invito* (106) ; car le vrai propriétaire seul a le droit d'interdire au prétendu usufruitier l'usage ultérieur de la chose. Cette addition était donc essentielle ; sans elle tout autre que le propriétaire aurait pu, avec le même succès, intenter contre l'usufruitier l'*actio negatoria*, c'est-à-dire, le mettre dans l'alternation ou de prouver son droit, ou de s'en voir débouter (107).

---

(106) H. WITTE, *Zeitschr. für Civilr. u. Process. N. F.* T. 13, p. 386.

(107) ULPIEN mentionne cette addition pour l'usufruit, dans la L. 5 pr. si ususfr. (7-6) ; elle est attestée pour d'autres servitudes dans une foule de textes, par exemple, L. 4, § 7, L. 6 pr. si serv. (8-5). L. 17 Comm. praed. (8-4), L. 15 de op. nov. n. (39-1). Si parfois aussi elle a été omise par les juristes, et même par le § 2, Inst. de act. (4-6), personne n'hésitera à dire quelle est la rédaction la plus exacte. THEOPHILE, IV, 6, § 2. la remplace par le pronom possessif : *aedibus* MEIS, *per agrum* MEUM, qu'il emploie aussi tout à fait à tort (v. plus loin) pour l'*act. confessoria*. Les Basiliques (XVI, 6, 5), l'omettent dans la traduction de la L. 5 cit. En revanche *Stephanus* dans le scholie rapporté par ZACHARIAE VON LINGENTHAL (*Zeitsch. f. gesch. R. W.*, XII, p. 260 s.) en fait une mention toute spéciale. « Si le demandeur, dit-il, se sert de cette formule, il se présente par cela même comme *propriétaire*. » KELLER, (*Röm. Civil. process*, § 15), construit la formule de l'*act. negatoria* d'une manière particulière pour la procédure des legis actiones : *nego tibi jus esse (eundi) utendi fruendi fundo Corneliano* — d'après ce texte le non propriétaire du fonds Corn. aurait pu intenter l'action avec succès, car la condition de *propriété* n'est en rien indiquée dans cette formule ! RUDORFF, (*R. Rechts G.*, II, p. 132), commet l'erreur opposée, dans sa reconstruction de la formule de l'*act. confess.* dans la procédure des legis actiones : *aio mihi jus esse utendi fruendi fundo* TUO — cette action n'aurait pu être dirigée que contre le propriétaire du fonds servant, et le demandeur aurait dû prouver la propriété du défendeur — deux nouvelles preuves à l'appui du jugement que j'ai porté ci-dessus (III, 305) sur le caractère hasardeux de toute reconstruction des formules romaines.

Dans l'*actio confessoria*, au contraire, cette addition n'était pas nécessaire ([108]), car cette action peut être intentée non seulement contre le propriétaire, dans la personne duquel, seul, ces mots ont un sens, mais encore contre toute autre personne.

Les servitudes prédiales échappaient aux règles que nous venons de parcourir; car elles ne sont pas liées à la possession de la chose. Aucune revendication n'était possible à leur égard; d'avance l'*act. negatoria* s'imposait au propriétaire. Le détenteur d'un gage, au contraire, d'une superficie ou d'une emphytéose, si le droit ancien avait déjà connu ces rapports comme *jura in re*, n'aurait pu, en se défendant, invoquer son droit que de la même manière, et par conséquent aussi aurait dû, en demandant, agir au moyen d'une *actio confessoria*, car l'un est le corrélatif de l'autre ([109]). Or, tel n'était pas le cas,

---

([108]) Celui qui a la servitude, l'a *in rem*, absolument; il en résulte qu'il est complètement superflu d'insister sur le droit de prohibition manquant au défendeur (*te invito*). Dans le cas seulement où l'on voudrait prétendre en forme confessoire la non existence d'une servitude *négative* prétendue par le défendeur, par exemple, de la *servitus altius non tollendi* (ce qui est au fond une action négatoire tendant à la liberté de sa propriété vis-à-vis de tel défendeur déterminé), cette addition était indispensable. En effet, s'il venait à être établi que le demandeur devait la servitude non au défendeur, mais à un autre, il aurait par l'assertion *absolue* de sa non existence, prétendu trop et aurait dû perdre son procès. L'addition de : *te invito* donnait à l'étendue de son droit sa valeur relative et la mesure dans laquelle il pouvait l'invoquer. L. 4, § 7. L. 16 pr. si serv. (8-5).. *licet enim serviant aedes meae, ei tamen, cum quo agitur, non serviunt*. Cette addition était nécessaire encore lorsque l'adversaire voulait agir *confessoirement*, sinon le défendeur n'aurait pu la rencontrer dans sa dénégation, puisque l'action et la négation devaient être concordantes. L. 17, Comm. praed. (8-4). Mais lorsque ce caractère relatif se manifestait déjà dans le *contenu* de la servitude (par exemple, serv. de passer sur *tel* fonds), il ne fallait cette addition ni dans l'*act. confess.* ni dans l'*act. negatoria*. V. par exemple. L. 9 pr. L. 11, 12, 13, 14, § 1 ibid. Cependant elle s'y rencontre encore. V. par exemple, L. 17 pr. § 1 ibid.

([109]) L. 8, § 5 si serv. (8-5) *verb. ergo per* CONTRARIUM *agi poterit : jus* ESSE.

la défense n'a pas ici la forme de la négation ; elle se produit comme exception (110), ce qui prouve l'origine plus récente de ces droits.

Dans le cas d'un héritier qui réclame la restitution des objets héréditaires contre leurs possesseurs, nous sommes en présence d'un autre rapport juridique où le demandeur, pour faire valoir ses droits, peut être forcé à suivre telle voie de procédure plutôt que telle autre. Le demandeur a deux moyens à sa disposition pour parvenir à son but : la revendication et la pétition d'hérédité ; mais ce n'est pas sa volonté qui choisira, c'est la défense du défendeur qui lui imposera l'une ou l'autre de ces actions. Si au demandeur qui allègue son droit de propriété, le défendeur oppose son propre droit héréditaire, le demandeur, pour permettre au défendeur de produire sa défense en termes de négation de l'action, sera tenu de poursuivre sa demande dans la forme d'une pétition d'hérédité (111). Dans le cas contraire, lorsque le demandeur prétend un *droit d'hérédité* et le défendeur un droit de *propriété*, celui-là doit agir par la revendication (112). Pour constater sur quel titre le défendeur entend appuyer sa défense, on lui demande au début du procès, *comment* il possède. S'il répond, « *à titre d'héritier,* » s'il refuse de répondre, ou s'il se prévaut d'un titre de propriété dont le demandeur a la certitude de pouvoir établir la fausseté ou la nullité (113), c'est la pétition d'hérédité qui est intentée

(110) L. 1, § 4 de superf. (**43**-18).

(111) Tel est dans la procédure formulaire l'usage de l'*exceptio quod praejudicium hereditati non fiat*. Bülow. *Die Lehre von den Processeinreden*, p. 213.

(112) Le demandeur a dans ce cas une preuve infiniment plus difficile à faire ; il doit non seulement justifier de son droit d'hérédité, il doit prouver encore que son *de cujus* était réellement propriétaire.

(113) Cela résulte de la L. 13, § 1 de her. pet. (**5**-3) : *omnibus titulis hic pro possessore haeret*, etc., et des exemples ajoutés.

contre lui, dans le cas contraire c'est la revendication ([114]).

Le rapport est plus intéressant encore lorsqu'une obligation entre en conflit avec le droit d'hérédité. Ce cas se présente lorsque à l'action *personnelle* intentée contre l'un des débiteurs de l'hérédité, celui ci répond en arguant de son propre *droit héréditaire*. Dans cette hypothèse encore, pour rendre la défense possible, le demandeur n'a d'autre recours que la pétition d'hérédité ([115]) : l'on suppose alors que le défendeur s'est mis en possession comme prétendant à l'hérédité *(juris possessor)*, sinon d'un objet, du moins d'un *droit* (de créance). La forme de cette action dépend entièrement des motifs invoqués par le défendeur pour soutenir son droit : c'est ce qui résulte des textes invoqués dans la note 115. D'après les termes de ces textes le demandeur n'est point tenu d'intenter son action dans la forme de la pétition d'hérédité, lorsque le défendeur sans s'attribuer à lui-même aucun droit d'hérédité, ne fait que contester ce droit dans le chef du demandeur.

Je m'attends à ce que ceux qui placent dans la prononciation de la formule de la *legis actio*, le début de la procédure des *legis actiones*, contestent l'exactitude de tout ce qui précède. Aussi ne saurais-je laisser sans la réfuter une erreur aussi profonde que la leur.

Les choses se passaient, dans la procédure des actions de loi, de la même manière que dans la procédure formulaire. Avant que le point du litige fût fixé sous forme de *legis actio*, les parties discutaient leurs prétentions en dehors de toutes formes, et exposaient l'état de la cause. Cela résulte, pour la reven-

([114]) L. 16, § 7 ibid.

([115]) L. 13, § 15. L. 42 de her. pet. (5-3). L. 10 i. f. si pars her. (5-4). Le deuxième passage notamment est décisif : *si debitor hereditarius non ideo nolit solvere*, QUOD SE DICAT HEREDEM, *sed quod neget aut dubitet, an hereditas pertineat ad eum, qui petit hereditatem*, NON TENETUR PETITIONE HEREDITATIS.

dication, des termes mêmes de la formule de cette action; on y voit le demandeur s'en référer à des pourparlers antérieurs pour établir la cause de sa prétendue propriété ([116]). L'exemple le plus intéressant nous en est fourni par le procès de Virginie. Le revendiquant commence par exposer que Virginie lui appartient, et dit pourquoi elle est sa propriété ([117]): C'est là le début du procès. Ce n'est qu'après de longs débats, auxquels les deux parties prennent part ([118]), qu'on en vient à la revendication solennelle proprement dite ([119]). Un exemple de ce genre nous fait défaut en matière d'action personnelle, mais nous ne voyons pas pour quel motif elle aurait été dispensée

([116]) Gaius IV, 16... *meum esse aio secundum suam causam*, SICUT DIXI v. aussi Val. Prob. de notis ant. § 4. Ce point est très controversé; parmi les auteurs les plus récents je citerai Karlowa *Beitr. zur Gesch. des R. Civilproceses* p. 12-16 (*causa* d'après lui doit être rapporté à la description exacte de l'objet faite dans la discussion préparatoire) et Bülow l. c. p. 202 (*sicut dixi*, selon lui, se rapporte aux mots immédiatement précédents). L'argument que j'ai tiré du procès de Virginie n'a été jusqu'ici ni réfuté ni même examiné. Je crois avoir démontré dans le texte que la prononciation de la formule de *legis actio* devait être précédée d'un débat, pour rendre possible l'influence indispensable que le Préteur avait à exercer sur le choix de l'action. Ces débats pesaient d'un grand poids sur l'issue du procès. Un défendeur qui, par exemple, avait fait à l'*interrogatio in jure* une réponse déterminée, ne pouvait plus ensuite se dédire en prétendant que la procédure des *legis actiones* ne commençait que par la prononciation de la formule, et que tout ce qui avait été dit auparavant était nul à moins d'avoir été accueilli dans la formule. Inutile d'insister sur ce point. On ne soutiendra pas, par exemple, que dans l'interpellation faite aux témoins de la *litis contestatio* on dût répéter tout ce que ceux-ci avaient entendu jusque là.

([117]) Tite-Live III, 44.

([118]) Tite-Live III, 46.

([119]) Nous rencontrerons plus loin un autre motif tiré de la concession des *vindiciae*.

de ce débat préparatoire alors que la revendication ne l'était point ([120]).

Quant à la procédure formulaire nul doute qu'elle ne comportât pareil débat ([121]) : on en peut conclure à la forme antérieure de la procédure ; je n'ai pas besoin d'expliquer pourquoi.

Il est une autre objection que je considère comme plus grave ([122]). J'attribue, dira-t-on, au Préteur, une intervention spontanée dans la procédure, que ne pouvait lui permettre sa position dans la procédure ancienne. Mais était-elle bien spontanée, cette intervention ; cette désignation lui convient-elle? Le Préteur avait-il là. plus que dans toute autre phase de la procédure, une liberté d'appréciation plus grande? Lorsque le défendeur oppose à la revendication un droit d'usufruit ou son propre droit héréditaire, le Préteur *est tenu* d'introduire l'action négatoire ou la pétition d'hérédité, au lieu de la procédure en revendication, et cela aussi rigoureusement, qu'il devait, dans la procédure de revendication, faire cesser le combat apparent, ou accorder les *vindiciae*. En disant que le demandeur est *contraint* ([123]) de se servir d'une autre formule d'action, nous devons entendre cette contrainte dans le même sens que celle que souffre le demandeur dans la procédure

---

([120]) L'*interrogatio in jure* n'était-elle pas souvent indispensable pour déterminer s'il fallait intenter une action? et laquelle? v. par exemple, L. 23, § 10 ad leg. Aq. (9-2).

([121]) Pour ne citer qu'un seul passage, je renvoie à CICÉRON orat. part. c. 28 : *Atque etiam ante judicium de constituendo ipso judicio solet esse contentio, quum aut sitne actio illi qui agit aut jamne sit aut num jam esse desierit aut* ILLANE LEGE, *hisve verbis sit actio quaeritur.*

([122]) On m'opposera peut être CICÉRON pro Caec. c. 3, § 8 : *praetor is, qui judicia dat, nunquam petitori praestituit, qua actione illum uti velit;* mais comp. en sens contraire la note 102.

([123]) C'est l'expression dont se sert GAIUS dans l'action de l'*argentarius* et du *bonorum emptor,* note 96.

formulaire de ne pouvoir se soustraire à l'*exceptio*. Cette opinion sera rejetée par quiconque s'en tient au principe erroné que le demandeur se présentait d'emblée devant le préteur muni de sa *legis actio*, laquelle une fois décrétée, ne pouvait naturellement plus être changée dans la suite. Mais à mon avis, c'est précisément là que nous constatons d'une manière frappante que tout le système ancien de procédure n'était possible qu'à la condition d'admettre que l'action ne pouvait être solennellement fixée en forme de *legis actio* qu'après avoir traversé l'épreuve de certains débats préalables. Ces débats établissaient ce qui était contesté et ce qui était avoué; ils indiquaient à la procédure la voie dans laquelle elle devait entrer, et qu'elle devait suivre.

3. *L'action double.*

Au point culminant de la procédure ancienne, nous trouvons l'action double; avec cette forme elle triomphe du principe de l'*unité* d'action et s'élève au dessus de la simple *négation*.

Le droit nouveau nous nomme deux classes d'actions doubles, les actions en partage et les *interd. retinendae possessionis* (124). Leur caractère particulier était que chacune des deux parties y était en même temps demanderesse et défenderesse (125). Pour

(124) L. 10 fin. reg. (**10-1**), L. 2, § 1. Comm. div. (**10-3**). — L. 37, § 1 de obl. et act. (**44-7**), L. 2 pr. de interd. (**43-1**). La justification systématique de cette notion a été contestée récemment par Eck *Die sogenannten doppelseitigen Klagen des röm und gem. deutsch. Rechts*. Berlin, 1870. C'est une erreur à mon avis, au point de vue de la procédure romaine. Si l'on peut remplacer l'action double par une action et une action récursoire, on peut aussi réduire les obligations bilatérales en deux obligations unilatérales. Mais alors disparaît l'unité des deux actions; or, cette unité a plus d'importance que ne semble y attacher l'auteur.

(125) L. 10 cit. L. 44, § 4 fam. erc. (**10-2**), et Gaius IV, 160. Gaius ajoute : *par utriusque litigatoris in his conditio est nec quisquam praecipue reus vel actor intelligitur*. Mais ces termes ne font que jeter la confusion

mieux préciser cette particularité, on peut dire qu'on s'y trouve en présence de deux procès réunis en un seul, tous les deux ayant le même objet, tous les deux fondés sur le même rapport juridique et entre les mêmes parties dont les rôles respectifs s'entrecroisent. De là le nom de *judicium duplex* ou *actio mixta*. Chacune des deux parties agit comme demanderesse quant au droit qu'elle poursuit; elle prend position de défenderesse quant aux prétentions qu'on poursuit contre elle ([126]).

A cette classe d'actions appartenait aussi, dans la procédure ancienne, la revendication, s'il est vrai qu'elle eût comme caractère distinctif que chacune des parties produisît une assertion positive, poursuivît une demande indépendante. En effet, le demandeur affirmant « que la chose était sienne » : conformément aux règles de la procédure ordinaire, le défendeur n'aurait pu que riposter « qu'elle n'était pas sienne »; en réalité la réponse était positive, elle disait « que la chose appartenait au défendeur » ([127]). Cette dernière assertion con-

dans une idée parfaitement claire : ils contribuent à faire croire que dans ces actions les rôles des parties ne seraient pas différents (V. une expression analogue de lui dans L. 13 de jud. **5-1**), tandis que la double qualité des parties rend leurs rôles doublement différents.

([126]) L. 15, § 1 de procur. (**3-3**), L. 4 pr. de tut. (**26-1**).

([127]) GAIUS IV, 16 V. aussi IV. 116 : *cum ab* UTRAQUE *parte de proprietate alicujus rei controversia est* PLAUT. Rud. IV. 3, 86. *Hunc meum esse dico*. Trach : *et ego item esse ajo meum*. V. dans le même sens CICÉRON pro Murena c. 12, dans son projet d'abréviation de la formule traditionnelle : il ne met pas dans la bouche du défendeur une simple dénégation : *tuus* NON EST, mais il lui fait produire une contestation positive : *immo meus est*. Il en est autrement cependant dans *ad famil.* VII, 32 : *ut sacramento contendas, mea* NON *esse*. Ces paroles devraient nous être rapportées par un juriste pour que nous puissions admettre que la revendication était déjà devenue un *judicium simplex* alors que subsistait encore la procédure *per sacramentum*. Il est bien plus vraisemblable qu'elle ne l'est devenue que sous la procédure formulaire. — Au reste la forme romaine antique de la procédure de revendication se reproduit

tenait certes une négation du droit de propriété dans le chef du demandeur, mais elle contenait aussi une contestation sous une forme positive, une assertion contraire, qui n'était pas comme les deux formes que nous avons étudiées, prévue dans l'action même. Dans tous les autres procès (*judicia simplicia*), le juge ne pouvait statuer que sur l'existence ou la non existence du droit du demandeur; par la forme de l'action double, au contraire, il était mis à même de prononcer en même temps sur le droit du défendeur. Rien n'autorise à croire que le juge n'ait plus dès lors pu résoudre négativement les deux questions qui lui étaient soumises; qui aurait pu le forcer, alors qu'il était convaincu qu'aucune des deux parties n'était propriétaire, à faire une déclaration en ce sens? (128). Mais si l'on conteste ici qu'il fût possible de débouter l'une et l'autre partie, plus loin les sources nous présenteront un cas d'application spéciale de la revendication, sous la procédure formulaire, où les prétentions soulevées de part et d'autre reçoivent une solution négative. Que la forme de jugement dans la procédure *per sacramentum*, admise par bon nombre d'auteurs, et aussi par moi : *sacramentum Titii justum*, ou *injustum videri*, ne permît pas au juge de décider directement qu'aucune des parties n'était propriétaire, rien de plus exact. Mais si cette hypothèse venait à se présenter, le moyen de résoudre la difficulte était facile à trouver, à moins d'empêcher

aussi dans d'autres législations, par exemple, dans l'ancien droit germanique Laband, *Die Vermögensrechtlichen Klagen der sächsischen Rechtsquellen, Königsberg* 1869, p. 156, dans le droit danois (V. note 147), dans le droit anglais (V. note 150).

(128) C'est ce qu'admet Eck l. c. p. 16 s. Mais est-il nécessaire qu'une partie au moins ait été en possession de bonne foi? Supposons que chacune des deux parties prouve que l'autre a volé la chose, le juge sera-t-il obligé de décider positivement que l'une des deux est propriétaire? Peu importe qu'il le fasse indirectement, dans la forme : *Sacramentum Titii justum videri,* au fond il l'a reconnu par là même comme propriétaire.

le juge d'exprimer sa conviction. Le juge, dans ce cas, n'avait qu'à proclamer injuste le *sacramentum* de chacune des parties : cette décision ne comportait en elle-même aucune contradiction, chaque partie étant demanderesse de son côté. L'État confisquait le *sacramentum* des deux parties ([129]), et celle d'entre elles qui avait la possession la conservait ([130]).

([129]) Dans un *judic. simplex*, il est vrai, il ne pouvait jamais être confisqué que le *sacramentum* d'une partie; mais comme dans un *judic. duplex* il était possible que les deux parties fussent déboutées de leurs actions, l'État restait dans son droit en exigeant de toutes deux dans ce cas l'amende imposée à la partie succombante. VARRON de L. L. V. 180 : *qui judicio vicerat, suum sacramentum e sacro auferebat, victi ad aerarium redibat,* ne peut nous être opposé, car dans l'issue supposée du procès double il n'y avait personne : *qui judicio vicerat.*

([130]) Dans la première édition de cet ouvrage, j'avais exprimé l'opinion que, les deux parties venant à échouer dans leurs devoirs de preuve respectifs le *contravindicans* était plus favorablement traité que le revendiquant. A la suite des objections de ECK, l. c. p. 12 s., j'ai modifié ma manière de voir dans le sens que je viens d'indiquer. La procédure double, réclamait logiquement l'égalité de traitement entre les deux parties, tant au point de vue du fardeau de la preuve, qu'à celui du cas où l'une et l'autre venait à faillir à ses devoirs de preuve. Le rapport possessoire originaire des parties pouvait être fort incertain; la concession des *vindiciae,* à notre avis, ne le tranchait pas : ECK m'a reproché avec raison d'avoir accordé à ce rapport une influence qu'il ne pouvait avoir dans la procédure par *sacramentum.* Cette influence ne pouvait exister que dans la procédure formulaire, où grâce aux interdits possessoires on parvenait à fixer le droit. Rien ne s'opposait même dans la procédure ancienne, à ce que le possesseur de la chose intentât la revendication pour repousser l'attaque de son adversaire, et qu'ainsi le non possesseur devint lui même contre revendiquant. La revendication remplaçait là les interdits possessoires, qui d'après moi, n'existaient pas encore : elle résumait en elle trois moyens de droit du droit ancien : la revendication, la publicienne, et les interdits possessoires. Le rapport possessoire originaire n'influait donc en rien sur le fardeau de la preuve imposée à l'une come àm l'autre partie conformément au principe de la procédure double. Il en était de

C'était parfaitement saisir le rapport juridique existant entre les deux parties, que d'imposer au défendeur lors de l'instruction solennelle du procès les mêmes obligations qu'au demandeur. Il intervenait en réalité à titre de demandeur. Comme le demandeur, il doit revendiquer *(contravindicare)* [131]; comme le demandeur, il est questionné sur la *cause* de sa propriété; comme le demandeur encore, il appelle son adversaire sur le fonds litigieux [132]; le Préteur les exhorte ensemble à faire la paix, et accorde enfin soit à l'un, soit à l'autre la revendication. On le voit, la double procédure, que l'on rencontre plus tard dans l'interdit *uti possidetis*, a déjà une organisation complète dans la plus ancienne procédure de revendication.

Qu'est-ce qui a ainsi dessiné les contours de la procédure de revendication? Évidemment, l'intérêt de la *défense* du défendeur. Pour résoudre la question, écartons en commençant le cas d'application le plus simple, celui de la revendication de choses, pour examiner une espèce plus compliquée.

Bien des fois, dans la vie romaine, il devait s'élever des conflits entre les différentes puissances de la famille : une personne, par exemple, prétendait avoir la puissance paternelle ou dominicale sur un individu, sur lequel une autre prétendait exercer la *manus* ou le *mancipium*. Tous ces rapports de puissance, au moins la plupart, pouvant être invoqués en justice au moyen d'une revendication [133], et celle-ci étant un *judicium duplex*,

même de la concession des *vindiciae*. Celle-ci suivait l'introduction du procès. Elle ne pouvait avoir d'autre effet que de permettre de garder la chose à celle des parties qui avait obtenu les *vindiciae*, dans le cas assez rare du reste où aucune des parties n'avait pu établir son droit.

(131) Gaius I, 134, II, 24. Gaius ne répète pas cette expression lorsqu'il décrit la marche même de la procédure IV, 16.

(132) Cicéron pro Murena c. 12.

(133) Quant à l'esclavage cela n'a pas besoin de remarque, quant au *mancipium* le fait résulte de la formule de sa constitution (Gaius I, 119 :

il faut bien admettre que les prétentions réciproques des parties pouvaient se produire en justice au cours d'un seul et même procès, soit que les deux parties s'attribuassent le même rapport de puissance, soit qu'elles eussent en vue des rapports différents. Par exemple, comme dans le procès de Virginie, le demandeur soutenait que la *fille* d'un tiers était son esclave : pour maintenir intact le principe « un procès, une question », deux instances auraient été nécessaires pour établir en justice l'état de cette personne. Dans la première on se serait borné à décider qu'elle n'était pas l'esclave de l'un, dans la seconde qu'elle était la fille de l'autre. Ce deuxième procès ne serait devenu possible que grâce à une procédure toute spéciale : ou bien le père aurait dû constituer un demandeur qui aurait réclamé la fille comme la sienne propre, lui donnant ainsi l'occasion de réclamer de son côté ce même rapport pour lui-même en forme de *contravindicatio;* ou bien il aurait dû produire cette prétention comme demandeur en se procurant un défendeur de complaisance pour détenir sa fille. En un mot, il n'y avait d'autre voie praticable que celle que nous avons signalée.

Si nous disons vrai, une pareille action pouvait être repoussée par différentes assertions positives. Prenons encore pour exemple le cas de Virginie : *Virginiam liberam esse,* répondait son fiancé, « *filiam suam esse ex jure Quiritium,* » aurait de son côté pu opposer le père s'il avait été présent ([134]). Dans

---

hunc ego hominem ex jure quiritium MEUM *esse aio* I, 123), si du reste l'on admet la correspondance entre les formules de constitution et de poursuite judiciaire du droit (III, 310). Quant à la puissance paternelle v. GAIUS I, 134 *vindicat filium* SUUM *esse*, L. 1, § 2 de *rei vind.* (6-1). Il n'existe pas de preuve positive attestant le fait pour la *manus.*

([134]) APP. CLAUDIUS, dans le procès de Virginia, prétexta de cette double possibilité pour refuser dans la 1re phase du procès (TITE-LIVE, III, 45) les *vindiciae secundum libertatem.* Les défenseurs de la jeune fille, dit-il, avaient reconnu eux-mêmes, qu'il s'agissait ici d'un conflit entre la puis-

un autre cas, le demandeur aurait pu s'attendre peut-être à se heurter contre l'assertion que la jeune fille était l'esclave du défendeur ou se trouvait en son *mancipium*. On voit par là pourquoi la liberté devait être poursuivie au moyen de la revendication (*asserere in libertatem — vindex libertatis*) et non par un *praejudicium;* ce n'était en effet qu'au moyen de cette forme qu'elle pouvait comme *contravindicatio* lutter contre la revendication d'un prétendu esclave. La défense en forme de pure négation n'aurait pu que dire que l'individu n'était pas l'esclave de *ce* demandeur; elle n'aurait pu avancer que l'individu était libre (135).

En poursuivant rigoureusement l'idée d'un procès double, le

sance dominicale et paternelle (ibid. III, 45), or, à ce cas ne se rapporte point la disposition de la loi des XII tables. Dans l'espèce c'était le maître d'après lui (puisque le père n'était pas présent) qui avait droit aux *vindiciae*. Ce fut pour cela qu'il chercha à tout prix à écarter l'intervention du père, et que lorsque celui-ci apparut contre son attente, et renversa ainsi tout son plan, il se laissa aller à un acte ouvertement illégal. A côté du procès prévu pour le père, sur la question : puissance paternelle ou esclavage, un autre était déjà instruit sur la question : esclavage ou liberté dans la personne d'Icilius (Tite-Live, III, 46 — *ita vindicatur Virginia)*, mais sur ce procès, Appius était tout prêt, toutes ses batteries étaient dirigées de ce côté. Puntschart, note 102 donne une autre explication.

(135) Ainsi s'expliquent aussi les mots : Praejudicium *an aliquis libertus sit* Gaius, IV, 44. Le patronage ne constituait pas un *jus* sur la personne, il ne donnait donc pas une *vindicatio;* sinon il aurait fallu pour le contester une *contravindicatio* (au moins pour que le jugement en faveur du défendeur pût être rédigé non négativement, mais porter positivement : *ingenuum esse*). Mais alors il aurait fallu aussi un *vindex ingenuitatis*, car on ne pouvait pas revendiquer l'ingénuité sur soi-même. — V. contre ces cas et d'autres encore de prétendues revendications : Eck, l. c. p. 26, 27, ce n'est que quant à la tutelle que l'on pourrait admettre que deux prétendus tuteurs pouvaient agir l'un contre l'autre avec la formule de revendication : *in hoc L. Titio pupillo jus tutelae mihi esse aio.* Comp. Theophile, IV, 10 et les passages sur l'*in jure cessio* de la tutelle des femmes dans Gaius, I, 168 et Ulp., XI, 6-8.

jugement pouvait, quant à son effet matériel ([136]), ou bien être conforme à la prétention du demandeur *(servum esse)*, ou bien donner gain de cause au défendeur ou à son *vindex (liberum esse)* ([137]); il pouvait aussi débouter les deux parties, lorsque l'une et l'autre étaient restées en défaut de prouver leur assertion : par exemple, le procès n'avait pas établi que l'individu dont il s'agissait dans l'instance fût l'esclave du demandeur, bien qu'il fût reconnu comme esclave; dans ce cas le jugement portait : *servum Titii non videri* ([138]).

L'intérêt de pouvoir contre-revendiquer qui était si important pour *le défendeur* dans les questions d'état n'était pas moindre pour lui dans la revendication de choses et d'hérédités.

([136]) Sur la forme, v. ci-dessus p. 90.

([137]) V. en sens contraire RUDORFF R. R. G. II, 131 qui dans la *petitio in servitutem* place l'opposition des assertions réciproques dans *servum esse Titii* et *non esse;* mais le *vindex* de l'esclave oppose l'affirmation positive : *liberum esse*, V. PLAUTE, Rudens III, 4.7 : *Si* TUAS *esse oportet, nive eas oportet esse* LIBERAS, L. 4 Cod. de lib. causa (**7-16**) : LIBER *pronunciatus est.* L. 27 ibid.

([138]) Cela résulte clairement à mon avis de la L. 27 § 1 de lib. caus. (**40-12**), qui suppose la possibilité d'un triple jugement : *Servum Titii videri, liberum videri, servum Titii non videri*, ce dernier pour le cas où le demandeur abandonne le procès. Il est dit expressément, dans ce passage, que ce demandeur peut-être débouté de sa prétention *(amittit suam causam)*, sans que le défendeur réussisse dans la sienne *(nec enim penuria adversarii ingenuitatem solet tribuere... non ingenuus pronunciatur, sed servus non videri)*. Il n'est pas exact que le passage parle du PRAEJUDICIUM *de libertate*, qui est plus récent (ECK. p. 26); le demandeur revendique l'esclave comme le sien (arg. : *servum* ILLIUS *non videri*); il y a, tout comme dans l'ancienne procédure de revendication deux affirmations positives en présence *(servum* MEUM *esse* — LIBERUM *esse)*. Ce passage append que le juge avait non seulement l'alternative de résoudre *affirmativement* l'une ou l'aatre question, mais aussi qu'il pouvait s'exprimer par une pure négation. Un second doute que soulève ECK ne présente rien de sérieux et il est facile à dissiper.

Il n'était certes pas indifférent pour lui que le jugement décidât simplement que le revendiquant n'était pas propriétaire ou héritier, ou qu'il reconnût positivement l'une ou l'autre de ces qualités au défendeur lui-même. Deux prétendants, par exemple, se contestent une hérédité; l'un réclame la succession en vertu d'un testament; l'autre invoque son droit d'héritier ab intestat, se fondant sur une prétendue nullité du testament; l'un et l'autre se sont mis en possession d'objets héréditaires. Obligera-t-on celui qui en qualité de défendeur dans un premier procès, a établi la validité du testament, à agir une seconde fois comme demandeur pour prouver derechef ce dont il a déjà administré la preuve [139]?

Les actions qui tendent à faire valoir la co-propriété, la co-hérédité sont: la revendication partielle de la chose et de l'hérédité [140], et les actions en partage *(act. communi dividundo,* et *familiae erciscundae).* Elle sont évidemment aussi anciennes que les droits auxquels elles se rapportent. La question qui se présente, à l'occasion de ces actions, est celle de savoir si, comme la *vindicatio,* la *contravindicatio* pouvait porter sur une *partie intellectuelle,* sur une quotité du droit prétendu par le demandeur. Il ne s'agit pas, notons-le, d'une partie *corporelle* [141]; quand il s'agit de choses mobilières, la

[139] V. un cas de *contravindicatio* en droit Justinien dans la L. 8, § 13 de inoff. test. (5-2)... *in modum* CONTRADICTIONIS *querelam inducat, quemadmodum ageret si non possideret, sed peteret.* La *contravindicatio* se dit ici CONTRADICTIO : de même on trouve dans la L. 27, § 2 de lib. caus. (40-12) *contradictor* pour le *contravindicans* — *vindicare* avait dégénéré en *dicere.*

[140] L'édit du Préteur a établi pour cette dernière une forme nouvelle (L. 1 pr. si pars 5-4), cela n'infirme en rien ce que nous allons dire.

[141] Dans la pétition d'hérédité on ne pouvait naturellement non plus demander des choses isolées de l'hérédité, on aurait ainsi cumulé la pétition d'hérédité et la revendication. Au reste la *contravind.* avait lieu ici

séparation d'une partie doit être poursuivie par l'*act. ad exhibendum;* en fait de choses immobilières, au contraire, la partie est tout particulier, existant par lui même ([142]). Je réponds donc sans hésiter que pareille *contravindicatio* partielle était non seulement possible, mais qu'elle était aussi nécessaire, plus nécessaire peut-être, que la *contravindicatio* d'une totalité. Juridiquement elle ne constituait pas une défense, elle était une action propre; pourquoi donc n'eût-elle pas été soumise aux mêmes règles que les autres actions? L'utilité de cette action apparaît à toute évidence. Deux personnes se disputent la copropriété d'un fonds, ou un droit de cohérédité dans une succession. L'ancien droit, en l'absence de la *contravindicatio* eût exigé, pour vider cette contestation, deux procès successifs. Dans chaque procès, le juge n'aurait pu statuer que sur la demande du *demandeur*. Grâce à la *contravindicatio,* les demandes des deux parties pouvaient se produire simultanément. Le caractère double des actions en partage trouve ainsi dans celui de la revendication et de la pétition d'hérédité son type et son pendant. Comme dans celles-ci, il était indispensable.

Lorsque le demandeur avait dirigé son action vers le tout, l'intérêt qu'avait le défendeur à pouvoir opposer une *contravindicatio* de la partie, devenait bien moins grand, car il lui suffisait d'apporter la preuve de son droit partiel, pour faire rejeter — entièrement — la demande de son adversaire ([143]). Nul doute pour moi que même dans ce cas la *contravindicatio* partielle du défendeur dût être accueillie : car enfin la situation n'était pas du tout la même pour lui, que le demandeur fût

---

également, cela résulte de ce qu'elle était une *vindicatio.* Gaius, IV, 16, 17. V. aussi L. 1, § 2. si pars (**5**-4)... *petere debebunt.*

([142]) L. 6, § 1. Comm. pr. (**8**-4)... *non est pars fundi, sed fundus.* L. 25. § 1. de verb. sign. (**50**-16.)

([143]) Conséquence de la *plus pétitio.* Gaius, IV, 54.

simplement débouté à son égard, ou que lui-même fût reconnu comme ayant droit à une partie de la chose. D'un autre côté aussi, la *contravindicatio* du tout devait pouvoir être opposée à la revendication d'une partie.

Il résulte suffisamment de ce qui précède, que la *contravindicatio* n'était ni nécessaire ni possible dans l'*act. confessoria* ou *negatoria* (144). Il suffisait à la défense, dans ces deux actions, de rétorquer l'allégation du demandeur, ou autrement dit, de se renfermer dans une simple négation. Un seul cas faisait exception : c'était celui où deux personnes étaient en contestation au sujet d'un usufruit, soit pour le tout, soit pour une partie. Les Romains autorisaient-ils que le débat se déroulât en une seule instance? La chose eût été toute naturelle. Décernaient-ils alors le nom de *contravindicatio* à l'assertion positive dont arguait le défendeur, ou employaient-ils un terme autre? A cet égard je n'ose me prononcer.

Il est possible que la *contravind.* eût encore d'autres conséquences que celles que nous venons d'indiquer. L'exposition qu'en fait GAIUS nous la montre comme une partie indispensable du débat. Obligé toujours de contre-revendiquer, le défendeur se trouvait donc dans l'alternative ou de s'attribuer à lui-même la propriété et le cas échéant de se faire représenter par le prétendu propriétaire au nom duquel il possédait, ou d'abandonner la chose. L'exemple de l'*in jure cessio* con-

---

(144) RUDORFF, R. R. G. II, p. 131 et BETHMANN HOLLWEG, Röm. Civilpr. I, p. 140 parlent ici d'une *contravind.* mais c'est en méconnaître la nature propre. Ils croient évidemment que toute opposition du défendeur dans les actions *in rem* était appelée *contravindicatio*, alors qu'il est bien certain que seule l'assertion contraire positive et non la simple négation pouvait prétendre à ce nom. L'assertion : *jus tibi non esse* était tout aussi bien une simple négation que : *me dare non oportere*, et c'est pour cela précisément qu'elle s'appelait NEGATORIA, et non *contraconfessoria*, ce qui sans cela eût été son véritable nom.

firme cette opinion ([145]). Cependant, cette contre-revendication forcée ne reçoit d'explication satisfaisante que par la condition imposée aux deux parties d'indiquer la *causa*. La valeur du moindre mot dans une formule d'action romaine, l'importance incontestable que revêtait la *causa* aux yeux des deux parties litigantes (elle formait même l'objet d'une demande toute spéciale adressée par le demandeur au défendeur), excluent cette idée, adoptée par beaucoup d'auteurs, que l'indication de la *causa* ne serait autre chose qu'un vain ornement ajouté à la formule. *Causa*, à mon avis, signifie ici, comme partout en matière de propriété, le titre d'acquisition; et mon opinion est corroborée par un renseignement fourni par TITE-LIVE au sujet du procès de Virginie (note 134). D'après cet auteur, le demandeur, avant d'en venir aux formes solennelles de la revendication, expose réellement et d'une manière toute spéciale, la *causa* de sa propriété. En outre, la possibilité de l'existence, même en droit nouveau, d'une *vindicatio expressa* ou *adjecta causa* ([146]), vient encore à l'appui de mon assertion.

Quant à la question de savoir, pourquoi, étant donnée la nécessité de l'affirmation de la *causa*, celle-ci ne s'inscrivait pas dans la formule même, si toutefois elle y était réellement omise (note 116), c'est là un point au sujet duquel je m'abstiendrai de toute conjecture. Que l'on me permette seulement d'indiquer quelques considérations qui auraient pu avoir contribué à faire donner cette tournure à l'action ([147]).

([145]) GAIUS, II, 24 : *Praetor interrogat eum, qui cedit, an contra vindicet; quo negante aut tacente tunc ei, qui vindicaverit, eam rem addicit.*

([146]) L. 11, § 2. L. 14, § 2. de exc. rei jud. (**44-2**). La L. 1, § 3. de rei vind. (**6-1**), quelle que soit du reste sa signification, ne peut rien enlever à la force probante de ces textes si clairs.

([147]) On trouve des dispositions analogues dans d'autres législations, par exemple en droit danois. Si le demandeur indique une *causa* déterminée, le défendeur est aussi obligé de faire connaître la *causa* de sa prétendue propriété. FRIEDLIEB, *Abh. aus dem Schleswig'schen Recht*,

Rien n'empêchait le défendeur, qui n'avait aucun droit de propriété, de se faire néanmoins passer pour propriétaire et d'alléguer un titre d'acquisition imaginaire. Tout le monde cependant, n'était pas à même d'user de ce moyen de se maintenir provisoirement en possession. Dès le début donc, le défendeur était déjà plus défavorablement partagé que de nos jours. Aujourd'hui, en effet, le défendeur peut se borner à alléguer l'ignorance du droit de son adversaire ou à le dénier. Ensuite, les allégations respectives des parties avaient assurément une grande importance, même au seul point de vue de la concession des *vindiciae*. Le menteur alléguait sans doute régulièrement, alors déjà comme aujourd'hui, avoir acheté la chose d'un inconnu, d'un voyageur, etc. (148). L'honnête homme déclarait le nom de son auteur; il l'amenait même avec lui, ou bien il comparaissait accompagné de ses voisins qui reconnaissaient sur le champ pour lui appartenir l'esclave, le bœuf, etc., dont il était question. Si malgré l'évidence, le défendeur s'obstinait dans ses allégations, l'affaire était solennellement introduite et le Préteur n'était guère embarrassé de savoir à quelle partie il devait accorder les *vindiciae* (149).

Kiel, 1864, p. 20, note 2. Du reste la logique même de la revendication double conduit à ce résultat, car comment le défendeur peut-il prouver sa propriété autrement qu'en alléguant une *causa ?*

(148) Sur la valeur de pareilles allégations, v. L. 5, C. de furt. (6-2)... *rei exhibeas venditorem. Nam a transeunte et ignoto te emisse dicere non convenit volenti evitare alienam bono viro suspicionem.*

(149) C'est à mon avis, une erreur fondamentale d'enseigner (v. notamment Bethmann Hollweg, Röm. Civilproc. I, p. 144-182) que le Préteur accordait toujours les *vindiciae* au possesseur, et que la possession déterminait en même temps à qui incombait le fardeau de la preuve. Cette erreur que Eck seul (l. c. p. 11) a su éviter, provient de ce que, sans fondement aucun, l'on applique au *judicium duplex* de l'époque ancienne ce qui n'est vrai que du *judicium simplex* du droit nouveau. Dans celui-ci ne figurent qu'un demandeur et un défendeur, la possession décide du rôle

Il en était de même du juge. Moins esclave de la théorie rigoureuse des preuves, le juge romain, sans aucun doute, pesait

---

respectif des parties. Si la possession est douteuse, elle se trouve bientôt fixée au moyen d'un interdit *retinendae possessionis*. Dans le *judicium duplex*, au contraire, chacune des parties était demanderesse; chacune d'elles opposait à l'autre une allégation indépendante : il en résultait évidemment que chacune avait à établir le fondement de son allégation. Qu'eût-il servi d'imposer comme obligation au contre-revendiquant d'avoir à s'affirmer comme propriétaire, s'il lui eût été permis ensuite de se borner à dénier le droit de propriété de l'adversaire? La *contravindicatio* n'aurait plus eu de but et l'on eût pu s'en tenir à une simple négation. Mais la *contravind.* avait un sens; combinée avec la nécessité de la *causa*, elle permettait au juge d'amener la manifestation de la vérité. (p. 102). Cela étant, l'état de possession était parfaitement indifférent, et l'on comprend fort bien que, sauf pour quelques cas déterminés par la loi, l'on ait pu s'en remettre entièrement à l'appréciation du Préteur pour la concession des *vindiciae*. C'est ce qui résulte de GAIUS, IV, 16, pour peu qu'on veuille le comprendre sainement : *interim aliquem* (donc pas absolument le possesseur actuel) *possessorem constituebat eumque jubebat praedes* ADVERSARIO (et non *actori*) *dare litis et vindiciarum*. Grâce à cette liberté d'appréciation, le Préteur ne devait pas avoir uniquement égard au seul fait de la possession; il n'en était pas réduit par conséquent, si la possession lui paraissait douteuse, à la soumettre à une instruction. Il pouvait encore, en donnant les *vindiciae*, tenir compte de toutes les preuves offertes, et il était libre, sous ce rapport, de se laisser guider par le degré de confiance que lui inspiraient les parties et leurs auteurs, et par la solvabilité des *praedes* qu'on lui présentait. En un mot, il pouvait agir avec cette pleine liberté si bien décrite par la L. 3, § 4 de lib. exh. (**43**-30) et que l'on ne peut qu'approuver. Un pareil pouvoir entre les mains du Préteur, eût présenté un grand danger, si les *vindiciae* avaient dégagé le possesseur actuel de tout devoir de preuve. Par le fait même, l'adversaire, dans beaucoup de cas, eût été condamné d'avance. Il n'y avait qu'un seul cas, et il devait certes se présenter rarement, où les *vindiciae* donnaient à celui qui les avait obtenues l'avantage de pouvoir conserver la chose, c'était le cas où les deux parties succombaient dans le procès. (Note 130).

et comparaît la vraisemblance des deux *causae*, il demandait aux auteurs respectifs des parties, amenés devant lui, comment ils avaient obtenu la chose. Nul doute que régulièrement cette recherche ne lui fît découvrir la vérité, c'est-à-dire qui avait soustrait la chose litigieuse. Mais alors même que le demandeur n'aurait abouti qu'à démontrer que le défendeur mentait, il lui suffisait de prouver à moitié sa *causa*, pour avoir le bénéfice de la preuve complète. Du moment qu'il prouvait avoir acheté, tandis que le défendeur ou ses auteurs ne pouvaient justifier de leur possession, tout doute devait disparaître de l'esprit du juge sur le point de savoir si les auteurs du demandeur et leurs auteurs avaient eu réellement la propriété (150). En d'autres termes, déjà dans la procédure ancienne, la revendication doit avoir eu souvent l'effet de l'action publicienne. Mais pour qu'elle eût cet effet, pour que le rapport respectif des parties avec la chose fût constaté, il était indispensable que l'une et l'autre indiquassent leurs *causae*. Lorsque l'action publicienne eut été introduite et que le caractère relatif du droit de propriété eut par là été consacré dans une forme plus assurée et mieux réglée que celle que lui

(150) V. par exemple Suetone, Galba, c. 7 : *Cum de proprietate jumenti quaereretur levibus* UTRIMQUE *argumentis et testibus ideoque difficili conjectura veritatis ita decrevit.* Comp. Gellius, XIV, 2, 26. Dans la procédure anglaise, d'après Gneist, Selfgovernement p. 80, la question soumise aux jurés ne tendait pas non plus à savoir si le demandeur avait la propriété, mais : *utrum A vel B* MAJUS *jus habeat in terra illa.* Le rôle des auteurs respectifs présente la même importance dans toutes les législations. V. par exemple, le droit russe ancien : *Krit. Zeitsch. für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes*, XII, p. 73. « On demandait » au possesseur illégitime d'où il tenait la chose, c'est-à-dire qui était » son répondant. Cette ancienne *reivindicatio* du droit russe, conduisait » toujours à la découverte du voleur. » On trouve la même idée dans Plaute, Curc., IV, 2, 12. *Nec vobis autor ullus est nec vosmet estis ulli*, c'est-à-dire la chose est volée.

offrait l'appréciation individuelle du juge, l'un des motifs qui rendait nécessaire l'indication de la *causa* vint à tomber. Le second disparut en même temps que disparurent les *vindiciae*. Aussi la procédure nouvelle abandonna-t-elle entièrement cette idée du droit ancien ([151]). La *contravindicatio* n'était plus nécessaire, sans *causa* elle était dépourvue de toute signification.

Nous avons essayé d'expliquer la *nécessité* de la *contravind.* Peu importe du reste la valeur de cette explication. Il nous suffit d'avoir démontré que l'institution *pouvait* fonctionner telle que nous l'avons décrite. Sous ce rapport elle apparaît comme un complément indispensable de la procédure romaine ancienne. Tout en s'écartant du principe de l'unité de la demande, l'institution nous offre une preuve nouvelle du prix que les juristes anciens attachaient aux intérêts de la vie, plutôt que de les sacrifier aux exigences d'une logique malsaine. Le procédé mis en œuvre par les juristes pour atteindre leur but, grâce auquel, malgré la dérogation qu'ils durent consacrer, ils surent maintenir sauve l'unité du procès, et permettre au juge de vider le procès par un seul jugement, est un éloquent témoignage de leur profonde habileté à manier les formes de la procédure.

Résumons-nous. J'ai voulu établir qu'au point de vue du conflit des droits de deux parties dans un même procès, le système de la défense directe, par dénégation, peut avec avantage soutenir la comparaison avec le système des exceptions. Je crois avoir réussi. L'habileté des juristes anciens suppléa au manque d'élasticité et d'étendue du système. Nous en avons apporté quelques preuves. Combien d'autres nous restent inconnues. Mais ce que nous avons dit suffit pour démontrer que les juristes anciens *dominaient* parfaitement la procédure. Les

([151]) Le possesseur n'est plus contraint d'indiquer son titre, L. 12. Cod. Theod. de fide test. (**11**-30) (Comp. cependt la L. **1**, ibid.) ou la partie qu'il possède L. 73, pr. de reiv. (**6**-1).

formes du procès ne purent jamais les empêcher d'atteindre le but qu'ils se proposaient dans la procédure. Si tant de causes de libération du défendeur ont la forme de l'*exceptio,* c'est-à-dire, n'ont été introduites que plus tard, c'est que l'époque ancienne n'avait pas *voulu* les introduire, et nullement qu'elle ne l'ait pas *pu.* Lorsque le Préteur choisissait pour elles une forme tout à fait neuve, celle de l'*exceptio,* ce n'était point à raison de l'insuffisance de la forme ancienne ni à cause de l'utilité de la forme nouvelle; c'est que la libération *ipso* JURE et l'*actio* IN JUS *concepta* étaient, comme leur nom l'indique, des idées spécifiques du *droit civil,* et qu'à un changement dans les formes de l'action devait correspondre un changement dans les formes de la défense.

Sous un seul rapport, la forme nouvelle semble avoir surpassé la forme ancienne. L'effet de la négation est toujours *absolu,* elle nie *absolument* l'existence du droit prétendu par le demandeur, quelle que soit la nature, relative ou absolue, de ce droit. Mais l'*exceptio* peut contester l'efficacité du droit non seulement d'une manière absolue, mais aussi d'une manière *relative,* c'est-à-dire, seulement vis-à-vis du défendeur. Nous en trouvons un exemple en matière d'obligations dans les exceptions qu'un débiteur solidaire peut tirer d'un pacte rémissoire absolu *(in rem)* ou relatif *(in personam).* L'*exceptio* permet ainsi, dans un seul et même procès, de faire porter le débat, en même temps, sur le côté absolu et relatif des droits. L'acheteur, par exemple, qui, pour un motif quelconque, n'est pas devenu propriétaire de la chose par la tradition, reconnaît à son vendeur la propriété de la chose sur la revendication que ce dernier intente contre lui, mais il en repousse les conséquences *quant à lui,* en invoquant son contrat. Réduit à une défense directe, en forme de dénégation, sa défense aurait été paralysée. On ne peut nier la propriété d'une manière relative. L'acheteur ne pouvait donc, dans la procédure ancienne, lorsque le vendeur lui-même se proposait de l'évincer de la chose, écarter l'action en invoquant l'obligation. Celle-ci laisse intact

la propriété : il devait rendre la chose sauf à réclamer ensuite du vendeur le double au moyen de l'*act. auctoritatis.*

Ici encore, devant l'impuissance de la forme, le droit ancien a su accueillir une défense dont il reconnaissait du reste la légitimité. La preuve en est qu'il sut fort bien trouver la forme nécessaire pour permettre au défendeur de se prévaloir de l'usufruit qui lui appartenait. Or, en fait, l'usufruit ne soulève également qu'un obstacle *relatif* qui existe uniquement dans la personne de *ce* défendeur. Si dans d'autres cas le droit ancien n'agit pas de même, c'est qu'il vit des inconvénients dans cet entrecroisement d'éléments absolus et relatifs dans un seul et même procès. Nous le démontrerons plus tard (§ 65). Le tableau suivant donne l'ensemble des conclusions de nos recherches.

CONFLIT DES DROITS DES DEUX PARTIES.

Droit du demandeur.	Droit du défendeur.	Action.	Moyens de défense.	
Possession.	Propriété.	*interdict. de precario.*	Négation du fondement de l'action	p. 64.
	Propriété, copropriété.	*reivindicatio.*	*Contravindicatio.*	p. 89, 96.
	Servitude.	*reivind.* avec *deductio.*	Formule obligée.	p. 80 s.
Propriété.		*actio negatoria.*		
	Créance (*Quarta Falcidia*).	*partis vindicatio.*	Peine de la *plus petitio.*	p. 69.
	Créance particulière.			
	Droit héréditaire.	*hereditatis petitio.*	Formule obligée.	p. 84.
Droit héréditaire.	Droit héréditaire, cohérédité.	*hered. pet.*	*Contravindicatio.*	p. 96.
	Propriété.	*reivind.*	*Contrav.* Formule obligée.	p. 84.
Créance.	Créance contraire: *Dos.*	*act. rei ux.* } pour le *reliquat.*	Peine de la *plus petitio.*	p. 65.
	Créance contraire: *Quarta Falcidia.*	*act. ex test.* } pour le *reliquat.*		p. 69.
	Créance contraire: *Argentarius.*	*agere cum compensatione.*	Formule obligée.	p. 76.
	Créance contraire: *Bon. emtor.*	*agere cum deductione.*		
	Créance contraire: *Dominus.*	*act. de peculio.*	La condamnation porte sur le montant du pécule.	p. 70.
Puissance paternelle.	Puissance paternelle.	*Vindicatio.*	*Contravindicatio.*	p. 92.
	Puissance dominicale.			
	Mancipium.			
Puissance dominicale.	Puissance dominicale.			
	Puissance paternelle.			
	Mancipium.			
	Liberté.			

II. *Défense en forme d'action.*

Commençons par examiner comment il faut la concevoir.

Il ne peut être question de défense en forme d'action que là où le seul but du demandeur est d'écarter une demande éventuelle de son adversaire. Tel est le cas de la *restitutio in integrum.* Parmi ces actions figurent, par exemple, les condictions pour défaut de cause, l'action *quod metus causa* et d'autres. Tout autres sont les actions nées d'actes bilatéraux, par lesquelles chaque partie poursuit le droit qui lui est propre, par exemple, l'acheteur sur la chose, le vendeur sur le prix. En effet, chacun de ces droits existe par lui-même, et non pas seulement pour anéantir le droit adverse; ils peuvent être exercés en même temps, et la circonstance que l'on peut les opposer entre eux sous forme d'exception (par la rétention), ne leur imprime pas un caractère particulier. Là, nous sommes en présence d'une *action* avec but *défensif,* ici d'une *exception* avec but *offensif;* là il s'agit de faire valoir d'avance une exception, ici une action.

Le droit romain connaît deux classes de ces actions exclusivement défensives. Les unes sont des créations du droit ancien et n'ont point passé dans le droit nouveau. Les autres, bien que connues déjà du droit antérieur pour quelques cas d'application, ne se sont complètement développées que dans le droit nouveau. Les actions de cette dernière classe ne nous présentent donc qu'un intérêt secondaire. Nous les examinerons plus tard et aborderons ici les actions de la première catégorie : elles forment le véritable objet de notre étude.

Le cours du temps amena pour les Romains la nécessité de restreindre dans une foule de cas l'autonomie des personnes privées telle qu'elle était reconnue dans la loi des XII tables et était restée intacte pendant plusieurs siècles. On dut, par exemple, prescrire au testateur une mesure au delà de laquelle il ne pouvait faire de legs, ou bien prohiber certains contrats.

Seulement, au lieu de suivre alors la voie qui nous paraîtrait aujourd'hui la plus naturelle et même la seule concevable : celle d'une défense légale sous peine de *nullité* (*lex perfecta*), en vrais Romains, on prit un biais. On maintint l'acte juridique intact dans sa validité abstraite, mais on punit celui qui tentait de le réaliser *(lex minus quam perfecta)* (152). On suivit cette voie avec une telle logique que le Préteur accordait sans hésiter une action tirée de l'acte juridique. C'était par cela même ordonner au juge de condamner le défendeur. Mais cette victoire coûtait cher au demandeur, car ce qu'il avait obtenu, il devait le rendre *au quadruple* au défendeur. C'est l'action qui était dans cette circonstance accordée au défendeur que nous allons examiner.

Sa forme régulière (153) parait avoir été celle de la *legis actio per manus injectionem*. La *lex Furia testamentaria*, la *lex Marcia de usuris* (154), ainsi que l'institution du *quadruplator*, dont nous parlerons plus loin, attestent qu'elle tendait à la peine du quadruple. Le fait qui donnait lieu à l'application de

(152) ULP. Fr. Proem. § 2. *Minus quam perfecta lex est, quae vetat aliquid fieri, et si factum sit non rescindit, sed poenam injungit ei, qui contra legem facit, qualis est Furia testamentaria, quae plus quam mille asses legati nomine mortisve causa prohibet capere praeter exceptas personas, et adversus eum, qui plus ceperit, quadrupli poenam constituit.* V. un exemple déjà mentionné *(lex Licinia)* T. II, p. 146, et un autre § 65, notes 346-347. Plusieurs autres se trouvent dans les sources de Justinien, par exemple, L. 3 de litig. (**44**-6). L. 11 pr. de divort. (**24**-2).

(153) C'est, du moins, ce que l'on peut conclure de PLAUTE, Persa I, 2, 18 : *ubi quadruplator* (V. plus loin) *quoipiam injexit manum.* GAIUS, IV, 22, 33 mentionne trois cas, celui de la *lex Furia testamentaria,* de la *lex Furia de sponsu*, et de la *lex Marcia.*

(154) V. ULP. Fr. Procem. § 2, CATON de re rust. Procem... *foeneratorem quadrupli.* PSEUDO-ASCON. (ORELLI, p. 110) combiné avec GAIUS, IV, 23 : *adversus foeneratores.* PSEUDO-ASCONIUS ajoute encore le cas de perte au jeu *(alea).*

cette peine, est désigné tantôt sous le nom de *exigere*, tantôt sous celui de *capere* ([155]). La première de ces expressions peut, à la rigueur, être rapportée au fait d'exiger *en justice*, mais la seconde échappe à cette interprétation et tend à prouver que l'esprit de la loi considérait comme une infraction la simple acceptation des choses dues. Nous essaierons plus loin de justifier cette disposition qui paraît choquante au premier abord.

Il ne peut y avoir de doute sur le but que l'action voulait atteindre. Ce que l'*exceptio* procurait directement, elle cherchait à le réaliser d'une manière *indirecte* : paralyser le créancier dans l'exercice de son droit. Le moyen, on en conviendra, était des plus efficaces, car c'eût été, pour un créancier, faire preuve de bien peu de bon sens que de réclamer une chose avec la perspective de devoir la restituer au quadruple. C'est ainsi que l'on a pu dire, bien qu'inexactement, que la loi qui servait de base à la demande avait prohibé l'acte juridique lui-même, tandis qu'en réalité la prohibition ne s'appliquait qu'à l'exécution de l'acte.

Plus tard, un sentiment plus perfectionné du droit, l'esprit juridique moins conservateur de l'époque postérieure firent abandonner cette forme ([156]). La contrainte *indirecte*, sous la forme de l'exception, remplaça la contrainte directe.

D'après sa nature juridique, notre action doit être rangée parmi les *actions pénales*, et pour la distinguer des autres,

---

([155]) Gaius, II, 225 *capere*... IV, 22... *exegisset*, 23... *exegissent*... *cepisset*. Ulp. loc. cit. *capere*.

([156]) Cette forme se représente du reste assez fréquemment dans l'histoire, par exemple, dans le droit public de Rome (ce fut de cette manière que Sylla paralysa le droit d'intercession des tribuns), et dans le droit canon. Celui qui a promis des intérêts sous serment est contraint par le tribunal ecclésiastique de les payer, mais ensuite celui qui les a reçus est contraint de les restituer. c. 6, X. de jurej. (2-24). — C'est une *lex minus quam perfecta* du droit canon.

nous ajouterons qu'elle est une action pénale *de procédure*.

Elle n'a, en effet, qu'un simple but de procédure, celui d'élever une exception, d'empêcher l'exercice d'un droit en justice. Le délit qu'elle doit réprimer présente une certaine analogie avec le cas où l'on agit au mépris d'une exception éventuelle (157), on pourrait l'appeler : *dolus processif,* un dol de procédure, car intenter une action que la loi condamne constitue un *dolus*, une *fraus* (158).

L'action dont il s'agit prenait, dans certaines circonstances, une physionomie toute particulière. Le débiteur, craignant la vengeance du créancier, pouvait hésiter à s'en servir. Cette considération amena le législateur à l'accorder à toute personne qui voudrait l'intenter dans le cas où celui qui y était directement intéressé renonçait à en faire usage. Pour en augmenter l'effet préventif, il en fit une *action populaire* (159).

---

(157) L. 2, § 5 de doli exc. (**44**-4). Dolo *facit, quicunque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit*. L. 1, § 1, L. 8 pr. ibid. : *dolo facit, qui petit quod redditurus est.*

(158) C'est ce qu'établit indirectement la *lex Falcidia*, laquelle fait évidemment allusion à la loi *Furia* en disant : *eam pecuniam sine* FRAUDE SUA *capere liceto,* L. 1 pr. ad L. Falc. (**35**-2). Pour expliquer la peine du quadruple, Rudorff, Röm. R. G. I, p. 46, note 7, soutient qu'il y a vol dans l'espèce; par exemple, dans le cas de la *lex Marcia* (v. plus loin); v. aussi p. 56 où, à l'occasion de la *lex Furia testamentaria,* il admet que le fait constitue un vol manifeste envers la *famille* (?). Il me paraît que l'explication la plus naturelle est d'admettre que les Romains voyaient dans le quadruple, comme dans le cas du *furtum manifestum,* la peine frappant la violation flagrante de la loi, et dans le double, la peine d'une violation cachée, telle que le *furtum nec manifestum.*

(159) La façon dont s'exprime Gaius, L. 3 de litig. (**44**-6) permet de conclure que déjà la loi des XII tables avait eu recours à ce moyen. L'édit du Préteur recueillit dans quelques cas cette idée antique. Comp. par exemple, l'*actio sepulcri violati*, qui est donnée d'abord à l'intéressé, et après lui, à toute autre personne. L. 3 pr., § 12 de sep. viol. (**47**-12); v. aussi L. 5,

C'était le seul moyen de remplir complètement le but de la loi. De cette façon le créancier ne pouvait plus échapper, lors même qu'il eût mis le débiteur complètement sous sa dépendance. Le sort dont la loi le menaçait, tout le monde pouvait le lui infliger. Il y avait une prime promise à celui qui parvenait à compromettre sa responsabilité. Le débiteur était pour ainsi dire placé sous la protection publique, et de fait, le moyen était aussi ingénieux qu'efficace pour paralyser la pression qu'exerçait sur lui le créancier. Généralement il est vrai, ce n'était guère là le but que l'on cherchait à atteindre en intentant pareille action ([160]). Loin d'agir dans l'intérêt du débiteur, le demandeur poursuivait le plus souvent des fins beaucoup moins honorables au point de vue de la morale publique, et ne se laissait guider que par l'appât d'un profit personnel. Mais le moyen n'en était pas moins efficace. En faisant mouvoir des ressorts aussi honteux, en ne faisant pas appel, comme dans d'autres cas semblables, par exemple, dans la *postulatio suspecti tutòris*, à des sentiments de haute moralité, ceux de la compassion pour le faible, mais en excitant au contraire un ignoble amour du lucre, la loi a rendu certain le succès de l'institution. Elle s'assurait le concours inévitable de toute l'industrie, de toute l'activité, de tout le sans gêne que l'égoïsme sait mettre en œuvre lorsqu'il a déposé tout sentiment de honte. Le *quadruplator* ([161]), descendu à ce métier

---

§ 5 de his qui effud. (9-3). JUSTINIEN lui-même y revint pour sanctionner la prohibition de certains jeux. L. 1. Cod. de aleat. (3-43).

([160]) PLAUTE le reconnaît expressément dans le passage cité note 153 : *nam publicae rei causa quicunque id facit magis, quam sui quaesti... eum civem et fidelem esse et bonum.*

([161]) Le quadruplator s'empare d'un procès étranger (TITE-LIVE, III, 72... INTERCEPTOR *litis alienae);* il tire son nom de la *poena quadrupli* que la loi commine dans plusieurs cas (FESTUS, v. QUADRUPLATORES... *ut eas res persequerentur, quarum ex legibus quadrupli erat actio)*; ce sont donc des cas où l'intéressé d'abord avait une action, par exemple, en

honteux, devait pour l'exercer être continuellement à la piste, il devait se faire espion pour réussir dans ses dénonciations. L'histoire nous apprend que le métier fut exercé avec une telle âpreté que la loi dut opposer des digues au mal qu'elle avait elle-même déchaîné; elle dut comminer des peines sévères ([162]) pour empêcher que les innocents comme les coupables ne tombassent également victimes des quadruplateurs.

C'est au moyen de traits épars, recueillis dans les sources qui nous les ont conservés à l'occasion de divers cas particuliers, que nous sommes parvenus à tracer le tableau qui précède. L'examen de ces cas nous permettra d'appuyer nos explications sur des textes positifs.

Voici les diverses espèces que nous rencontrons.

1. La *lex Furia testamentaria* ([163]). En prohibant que les legs et autres *mortis causa capiones* dépassassent un maximum de 1000 as, comment le législateur a-t-il été amené à interdire non seulement la poursuite en justice, mais même l'acceptation (le *capere*) ([164]) d'un legs d'une valeur supérieure? Tel est le seul point que nous ayons à examiner ici. Il eût suffi, semble-t-il, de refuser toute action en pareille occurrence. Il n'en est pas ainsi cependant. Refuser l'action, c'était dénier uniquement

---

restitution d'intérêts illégalement payés (PSEUDO-ASCON. [ORELLI 110]... *pecuniae gravioribus usuris feneratae;* SENEQUE de benef. VII, 25 indique aussi une restitution : *beneficiorum suorum quadruplatores*). Le nom de *quadruplatores* ne peut tirer son origine de la *quarta pars* dans les crimes publics (TACITE, Ann. IV, 20. PSEUDO ASCON. l. c.) mais on sait qu'il intervenait aussi dans ces cas. Cette appellation a été aussi employée dans les cas où *l'act. popularis* ne tendait pas au quadruple mais à une somme déterminée, par exemple, L. 3, § 12. cf. L. 3, p. de sep. viol. (**47**-12).

([162]) RUDORFF, R. R. G. II, p. 457 s.

([163]) Les textes ont été rapportés ci-dessus.

([164]) Tel était le terme de la loi, il est non seulement formellement attesté par GAIUS et ULPIEN, mais il est même indirectement signalé par la loi Falcidie (note 158).

toute contrainte *juridique* pour le paiement des legs, mais restait la contrainte *morale* et *sociale;* le respect de la volonté du testateur, la considération des légataires, les jugements du monde s'imposaient à l'héritier. Pour paralyser ces influences, il ne restait à la loi qu'à interdire au légataire, sous la menace d'une peine, d'accepter le legs ([165]). Nous trouvons dans le droit moderne un cas analogue. D'après le droit canon, il suffit d'ajouter un serment promissoire à un acte quelconque pour rendre celui-ci susceptible de contrainte juridique. Des législations modernes ont, à juste titre, aboli cette règle. Mais leur prohibition n'apporta que de bien faibles entraves aux actes que la loi voulait empêcher, par exemple, à la perception d'intérêts usuraires. L'homme consciencieux obéit à son serment même lorsqu'il ne l'oblige point. Comment prévenir le danger et réprimer l'abus du serment? Quelques législations modernes ont répondu en menaçant d'une peine le créancier qui recevrait un serment. C'est le moyen dont la loi Furia reconnut la nécessité. Mais il y a cette différence avec la loi ancienne, que ce n'est point le demandeur, personne privée, qui exécute la peine, mais l'autorité publique.

Nous ignorons si la *lex Furia* fit de l'action tendant au quadruple une action populaire. Mais ce dut être pour elle le seul moyen d'atteindre complètement son but; cela est hors de doute.

2. *La lex Furia de sponsu* (Gaius IV, 22), ordonne au créancier qui a reçu plusieurs cautions ([166]), de partager l'ac-

([165]) Une certaine forme de dispositions de dernière volonté, le legs *conditionis implendae causa datum* (si A donne 10,000 as à B, il sera mon héritier), réclamait spécialement une pareille mesure. Le légataire, dans ce cas, n'avait aucune action, il n'en avait du reste pas besoin, l'héritier était indirectement contraint. Si donc le légataire voulait ne pas tomber sous le coup de la loi, il devait décliner l'offre de 10,000 as que lui faisait l'héritier désireux d'accomplir la condition, et se contenter de 1000 as. La condition n'en était pas moins censée accomplie. II, p. 164, note 241.

([166]) Sous forme de *sponsio* ou de *fidepromissio*. Gaius, III, 121. Quant

tion entre eux. En cas de contravention, elle accorde à la caution qui a dû payer plus que sa part, une *manus injectio* en restitution du surplus. GAIUS seul nous renseigne cette loi, sans mentionner toutefois si cette action tendait au quadruple. Cela n'autorise pas à conclure qu'elle n'y tendait point. GAIUS ne parle pas non plus de cette peine à l'occasion de la loi précédente, et cependant nous savons pertinemment par d'autres renseignements qu'elle existait.

On admet généralement ([167]) que ces deux lois formaient des dispositions législatives différentes. Cela n'est toutefois attesté nulle part, et la différence dans la désignation ne prouve rien à cet égard. On n'ignore pas que fort souvent les juristes romains traitent des chapitres différents d'une seule et même loi, comme s'ils constituaient des *leges* différentes ([168]). En admettant qu'il en soit de même dans ce cas-ci, et, je le répète, rien ne nous en

aux *fidejussores*, ni cette disposition ni la deuxième disposition de la *lex Furia* mentionnée par GAIUS ne s'appliquait à eux. A moins d'admettre que la loi elle-même ait voulu laisser la brêche ouverte pour ruiner son propre but, il faut bien supposer que la forme la plus récente du cautionnement n'existait pas encore alors, c'est peut-être précisément à la *lex Furia* qu'elle dut son origine. De même que l'on échappa aux règles gênantes sur les legs, en créant les *fidei-commissa*, de même on a pu tenter d'échapper aux règles de la *lex Furia*, au moyen de la *fide-jussio*, c'est-à-dire en plaçant toute confiance dans la conscience, et la loyauté *(fides)* du débiteur. De même que les fideicommis furent plus tard pourvus d'une action, la fidejussion aussi reçut cette protection. Les dispositions sur les legs furent étendues aux premiers; l'*epistola divi Hadriani* étendit à la seconde le bénéfice de division; lui étendit-on aussi l'autre disposition de la *lex Furia* (postérieurement à GAIUS seulement dans tous les cas)? cela dépend du point de savoir si la L. 25 de stip. serv. (45-3)... *ex quo tempus cedat*, est interpolée.

([167]) V. par exemple RUDORFF, R. R. G. I, p. 51, 57, qui, sans motifs suffisants, attribue l'une loi au Ve et l'autre au VIe siècle.

([168]) Le cas se présente même pour des lois de l'époque ancienne, par exemple, la *lex Licinia Sextia*.

empêche, nous nous trouvons aussitôt devant une explication claire et lumineuse de la loi. Celle-ci aurait eu pour but de réduire le montant de certaines prétentions : réduction des legs à la somme de 1000 as, réduction des cautions communes à une part virile ([169]). Ces réductions devaient se faire dans la forme en usage à cette époque, c'est-à-dire au moyen d'une action récursoire, au lieu d'une *exceptio* ([170]). Peut-être la loi s'appliquait-elle encore à d'autres cas. Mais les sources que nous possédons nous laissent dans l'ignorance à ce sujet.

3. *La loi concernant la prohibition de certains jeux de hasard.* Tout ce que nous en connaissons, c'est qu'elle établissait la peine du quadruple ([171]).

4. La *lex Marcia de usuris reddendis.* En mentionnant cette loi, Gaius ([172]) ne parle point d'intérêts illégaux, mais d'intérêts dans un sens tout à fait général. La chose se comprend lorsque l'on se rappelle que la *lex Genucia* avait absolument défendu de percevoir des intérêts. Cette prohibition, on peut le supposer d'après les explications qui précèdent, elle l'avait traduite dans la forme propre à son époque : dans celle d'une *lex minus quam perfecta.* Elle menaçait de la peine du quadruple quiconque contrevenait à ses dispositions. Mais prohibait-elle

---

([169]) L'on pourrait ainsi peut être s'expliquer comment on en vint dans les deux cas à insérer dans la formule de l'action les mots *pro judicato*, bien qu'il n'y eût lieu à cette insertion que dans la formule de la loi *Furia de sponsu.* Gaius, IV, 23, 24.

([170]) Dans le droit nouveau cette forme est remplacée en fait de legs par le *ipso jure minui* de la *lex Falcidia* (note 76) et en fait de *fidejussio* par l'*exceptio divisionis* (note 166).

([171]) Pseudo Ascon. (Orelli, p. 110); mentionnée dans Plaute, Miles glor. II, 2, 9 comme *lex talaria.* Justinien (note 159) a seulement conservé l'*actio popularis* tendant au simple. Dans ce cas et le cas suivant on trouve aussi l'action populaire dans le droit anglais Bruns, Zeitsch. f. R. G, III, p. 414.

([172]) Gaius, IV, 23; v. les autres textes, note 154.

l'*acceptation* d'intérêts ou simplement la *réclamation* en justice? Toute certitude nous manque à cet égard. Nous en sommes réduits aux conjectures, quant au rapport existant entre la *lex Marcia* et la *lex Genucia*. La première, peut-être, n'avait trait qu'à la forme de l'action en restitution et donnait à la place de l'action accordée jusque là par la *lex Genucia*, la *manus injectio;* peut-être aussi introduisait-elle un changement plus radical et à la défense de la *réclamation en justice* substituait-elle celle de l'*acceptation*. Bref, il est hors de doute que l'action tendant au paiement du quadruple, accordée aussi comme action populaire, est la forme la plus ancienne de la répression des intérêts usuraires.

Ce que nous venons de dire reçoit une confirmation entière dans le récit du meurtre du Préteur Asellio, que nous rapporte APPIEN [173]. C'était à l'époque des guerres civiles; de nombreux débiteurs se trouvaient hors d'état de payer les intérêts à leurs créanciers. Quelques uns, pour se soustraire à une situation pénible, se retranchèrent derrière les dispositions prohibitives de la *lex Genucia*. Tombée en désuétude depuis longtemps, cette loi cependant n'avait jamais été *légalement* abrogée. On menaça donc les créanciers de leur faire appliquer les peines édictées par cette loi. Ceux-ci ne se laissèrent pas intimider et intentèrent leur action. Que fit le Préteur? Après de vaines tentatives de conciliation, il agît comme agirent plus tard les tribunaux ecclésiastiques du moyen âge (note 156), et donna des juges aux uns et aux autres (κατ' ἀλλήλων). Il paralysa l'action intentée par les créanciers pour obtenir les intérêts, en accordant aux débiteurs la *manus injectio (pura)* que leur assurait la loi pour obtenir le quadruple [174]. Il résulte de là que cette dernière action ne sup-

[173] APPIEN de bello civili, I, c. 54.

[174] Le motif du mécontentement des créanciers était peut-être que le Préteur avait combiné les deux lois de telle manière que tandis que la *lex*

posait pas un paiement préalable, effectué en exécution d'une condamnation. Il suffisait que l'action en paiement des intérêts eût été intentée. Instruits en même temps, les deux procès suivaient donc une marche parallèle, et, circonstance qui démontre bien le caractère d'*exception* que j'attribue à l'action pénale dont nous traitons, en admettant que le même juge eût été saisi des deux procès, ils devaient recevoir simultanément leur solution [175].

5. *La loi Plaetoria en faveur des mineurs.* Nous n'avons pas ici à entrer dans l'examen du fond même de la loi [176]. Ce qui nous intéresse, c'est la forme sous laquelle elle cherche à atteindre son but. Nous possédons sur cette forme des renseignements moins précis que sur celle des lois précédentes. La raison s'en trouve peut-être dans cette circonstance que plus tard, au moyen de la *restitutio in integrum*, le Préteur chercha à réaliser directement le même but. Mais en combinant certaines données retrouvées çà et là, on parvient cependant à reconstruire assez bien la forme perdue.

Outre l'infamie qu'entraînait la condamnation de celui qui lésait des mineurs en contractant avec eux, il y avait une condamnation pécuniaire que l'on poursuivait contre lui au moyen de l'action puisée dans la loi *(judicium legis Plaetoriae)*,

---

Genucia avait simplement défendu de recevoir des intérêts sans comminer aucune peine, il avait transporté dans cette loi la peine du quadruple comminée dans la loi *Marcia* contre l'usure dans le sens de cette dernière loi — procédé qui était certainement injustifiable.

(175) Telle est évidemment aussi la pensée de PLAUTE, *Persa*, I, 2, 18, dans la proposition de loi qu'il fait faire à Saturion : *Ubi quadruplator quoipiam injexit manum, tantidem ille illi rursus injiciat manum, ut aequa pacti (paeti?) prodeant ad trisviros* (ed. RITSCHL).

(176) Je ne déciderai pas si la loi a prohibé des actes déterminés (*credere* dans PSEUDOL, I, 3, 96; *stipulari* dans PRISCIAN. Gr. Inst. VIII, 4, XVIII, 19) ou si elle porte la défense absolue de causer préjudice aux mineurs en contractant avec eux.

condamnation qui ne peut avoir uniquement consisté dans la restitution du montant simple du dommage occasionné (177). Le droit d'intenter l'action est attribué tout d'abord au mineur, il peut même l'intenter encore pendant l'année qui suit sa majorité (178). Ce droit est reconnu ensuite à toute autre personne qui prétend en faire usage (179). Nous n'insisterons pas sur le point de savoir si un tiers ne pouvait exercer l'action qu'après qu'elle était prescrite pour le mineur, ou s'il pouvait agir même avant ce temps en cas d'inaction du mineur, comme dans les cas de la note 159. Il est certain au surplus, que plus que toute autre, cette action méritait d'être une action populaire. L'action protectrice des mineurs dirigée contre des contractants de mauvaise foi ne faisait ainsi que participer à la faveur dont était entourée dès ce temps la *postulatio suspecti tutoris,* introduite pour protéger les impubères contre des tuteurs infidèles (180). Mineurs et impubères étaient placés sous la protection publique.

J'estime qu'en dehors de cette *action* le droit prétorien n'offrait aucune autre protection en cette matière. D'autres

---

(177) PLAUTE (note 176) : *credere* METUUNT *omnes.*

(178) Le *tempus* LEGITIMUM de la L. 19 de minor. (**4**-4); l'expression indique, de même que l'*aetas* LEGITIMA, la disposition d'une LEX.

(179) Je tire cette conclusion de CICÉRON de nat. deor. III, 30 : *judicium* PUBLICUM *rei privatae lege Plaetoria.* Sous cette expression il ne faut pas entendre une instance criminelle. Cela ne saurait être douteux en présence de la *lex Julia munic. (tab. Heracl.)* qui dans son chap. 8 rattache ce *judicium* à celui sur les injures et le dol, et qui ne mentionne que plus tard la condamnation dans un *judicium publicum.* Il a été plus facile à SAVIGNY Zeitsch. f. gesch. R. W. T. 10, p. 243 de soulever ce doute que de le justifier. L'expression *actio publica* se rencontre aussi du reste pour une *act. popularis,* v. L. 30, § 3 de jurej. (**12**-2) Cf. L. 1 de popul. act. (**47**-23), et les textes de la note suivante. — V. dans le même sens BETHMANN HOLLWEG, l. c., I, p. 94.

(180) L. 1, § 6 de susp. tut. (**26**-10). § 3 Inst. de susp. tut. (**1**-26)... *quasi* PUBLICAM *esse hanc accusationem, hoc est omnibus patere.*

moyens purement défensifs, nullités ou exceptions, étaient superflus, tout comme dans les cas cités plus haut. Lorsqu'avec la procédure formulaire naquirent les exceptions, lorsque l'on établit en règle, qu'à celui qui avait une action on devait donner, à plus forte raison, une exception (note 47), on appliqua cette même règle à la loi Plaetoria. Alors, mais alors seulement, on donna une exception aux mineurs. Dans l'opinion d'un grand nombre d'auteurs ([181]), cette exception date de l'époque de la procédure des actions de la loi. Le mineur n'avait d'après eux, qu'à invoquer la loi pour repousser l'action. Mais un texte de GAIUS (IV, 108) excluant l'*exceptio* proprement dite pour la procédure ancienne, on a admis que ce moyen de défense se produisait sous la forme d'une *sponsio* préjudicielle. On concluait, croit-on, une *sponsio* sur la question de savoir s'il y avait contravention à la loi (II, 85); on nommait ensuite un juge et en cas de réponse affirmative à la question, l'action contre le mineur était refusée. Si j'entre ici dans quelques explications pour combattre cette opinion, c'est moins à cause de ce cas isolé, que parce qu'on a soutenu que la procédure ancienne s'est en général servi de ce moyen pour suppléer aux exceptions.

Rien ne justifie à mon avis cette manière de voir. Elle ne peut invoquer en sa faveur. qu'un passage de PLAUTE, passage dans lequel un mineur, se fondant sur la *lex Plaetoria*, se refuse à accomplir une promesse par lui faite et offre de prouver devant un juge que les conditions prévues par la dite loi (préjudice causé doleusement à un mineur) existent ([182]).

([181]) Cette idée exprimée d'abord par SAVIGNY, Zeitsch. f. gesch. R. W., T. 10, p. 248 a été trop bénévolement accueillie depuis. V. KELLER, röm. Civilpr., § 36, RUDORFF, R. R. G., II, p. 94, et BETHMANN HOLLWEG. röm. Civilpr. I, p. 125. — V. dans mon sens DEMELIUS, Münch. Krit, Vierteljahrsch. VIII, p. 500, et C. SELL, *de exceptionum usu, qui legis actionum tempore fuerit. Bonnae* 1867, p. 34, *seq.*

([182]) PLAUTE Rudens V. 3, 24 et 25 : *cedo quicum habeam judicem*

C'est là, dit-on, une instance préjudicielle sur l'EXCEPTIO *legis Plaetoriae*. Mais pourquoi ne pas admettre plutôt que c'est l'ACTIO *legis Plaetoriae?* L'existence de cette action nous est historiquement attestée, tandis que nous ne savons rien de cette instance préjudicielle. On ne peut objecter qu'il ne pouvait encore y avoir lieu d'intenter cette action, puisque le mineur n'avait pas encore payé. Nous avons vu, en effet, dans le cas ci-dessus du Préteur Asellio, que les débiteurs n'avaient pas payé non plus et que cela n'empêcha point le Préteur de donner un juge aux deux parties en même temps. Il y a plus, les termes employés par plusieurs textes (note 176) tendraient à nous faire croire que l'action pouvait être intentée immédiatement après la conclusion de l'acte frauduleux et avant toute réalisation. Le passage de PLAUTE que l'on invoque devrait donc signifier : « Si vous insistez sur votre créance j'intente l'*action legis Plaetoriae* » : Mais aucune des parties dans la comédie de PLAUTE n'avait besoin de se hâter. Le créancier ne pouvait intenter une action, car il était esclave et son maître ne s'était pas encore fait connaître; de plus, la prétention elle-même n'était pas même de nature à devenir l'objet d'un débat en justice. Il ne s'agissait nullement, en effet, d'une promesse civilement obligatoire, mais bien de la promesse faite sous serment, de donner une récompense à celui qui trouverait un objet perdu; or, pareille promesse ne crée aucun lien juridique ([183]). Le Préteur

---

« ni dolo malo instipulatus sis nive etiam dum siem quinque et viginti natus annos. »

([183]) On ne comprend pas comment SELL puisse le contester. Si même l'expression : *dolo* INSTIPULATUS *sis* avait pu l'induire en erreur, le fait même tel qu'il se passe sous nos yeux dans la comédie de PLAUTE (V. 2, 46 s.) aurait dû l'éclairer. *Labrax,* le prostitueur que l'auteur met en scène, ne fait autre chose que prêter serment, il n'est nullement question de stipulation, et à peine la promesse faite, il s'en console en se disant que son serment ne le lie point. Dans la contestation qui surgit ensuite entre les parties (scène 5), il n'est question, d'un bout à l'autre, que du serment

aurait donc dû nommer un juge pour écarter une prétention qui, en droit, n'existait pas et statuer préjudiciellement sur une *exceptio legis Plaetoriae?* Et entre quelles parties se serait vidé ce différend? Entre le mineur et son adversaire ou le maître de celui-ci? Nullement, mais bien entre le mineur et le premier venu (*cedo quicum*, c'est-à-dire *siste mihi aliquem, quocum habeam judicem*) [184]. Après ces explications, il ne peut plus y avoir de doute qu'il s'agit ici non d'un procès qui va être intenté, mais d'un de ces arrangements si fréquents dans la vie romaine, dans lesquels les parties s'en remettaient à la décision d'arbitres (les premiers venus) sur un point quelconque qu'elles jugeaient être le nœud de leur différend.

Mais admettons même qu'il s'agisse, dans l'espèce, d'une instance préjudicielle sur l'*exceptio legis Plaetoriae*. Est-ce la loi même ou est-ce le Préteur qui l'a introduite? La loi? L'hypothèse en elle-même n'est point inacceptable. GAIUS (III, 123) nous apprend même qu'elle s'est réalisée dans un autre cas [185]. Mais s'il en est ainsi, si la *lex Plaetoria* s'est également servie de cette forme, il faut admettre aussi que l'effet du *praejudicium* devait être ici, tout aussi bien que dans le cas cité par GAIUS, d'amener une libération *ipso jure*. Or, dans cette hypothèse, la défense tirée de la loi *Plaetoria* n'aurait évidemment,

---

prêté par Labrax, c'est précisément sur l'absence de force obligatoire de ce serment que *Labrax* base son refus (v. 17, 21), et *Demonès*, le maître de *Gripus* finit par ordonner à son esclave (v. 58) de remettre le serment : *gratiam juris jurandi facere*.

[184] Il n'est dit nulle part, ainsi que le remarque avec raison DEMELIUS, l. c., que l'exception se produisît au moyen d'une SPONSIO *praejudicialis*. L'objet de la contestation est ici bien clairement et directement désigné. S'il avait été question de *sponsio*, il aurait fallu une *provocatio* préalable, (v. note suiv.)

[185] *Permittitur sponsoribus et fidepromissoribus intra diem* XXX PRAEJUDICIUM *postulare, quo quaeratur,* AN EX EA LEGE PRAEDICTUM SIT, *et si judicatum fuerit, praedictum ita non esse*, LIBERANTUR.

à l'époque postérieure, pu abandonner sa forme civile pour revêtir la forme prétorienne de l'*exceptio*, et c'est cependant ce qui a eu lieu ([186]). Le Préteur reste donc le seul que l'on puisse désigner comme l'auteur de cette exception préjudicielle; l'époque à laquelle elle aurait été introduite ne serait autre que l'époque de PLAUTE, c'est-à-dire celle même où la loi a été faite ([187]). Il faut bien l'avouer, cependant, si la loi eût vu dans ce moyen une protection plus efficace pour le mineur, elle eût pu l'adopter tout aussi bien que de recourir à une action pénale tendant au quadruple. Une autre loi l'avait fait en faveur des cautions, rien n'empêchait la *lex Plaetoria* d'en agir de même en faveur des mineurs. Ainsi donc, peu après que la loi s'était, à bon escient sans doute, décidée à adopter telle mesure plutôt que telle autre, un Préteur aurait pu tout aussitôt bouleverser la loi dans une disposition aussi essentielle? Et dans quel but? L'action en quadruple ne présentait-elle donc pas de garanties suffisantes? Au contraire, elle était bien plus efficace que l'*exceptio*. Loin d'améliorer la loi, l'innovation du Préteur n'eût donc fait que l'affaiblir. Et pareil fait se serait produit au moment où la loi venait à peine de voir le jour, et à une époque où la procédure des actions de loi était en pleine vigueur? Dira-t-on qu'il répugnait au Préteur d'accorder l'action pénale? Mais un siècle plus tard encore, le Préteur Asellio donna dans le cas analogue de la *lex Marcia* l'ancienne action au quadruple; pourquoi, lui aussi, ne donna-t-il pas de préférence l'*exceptio* préjudicielle? Enfin, tous les Préteurs qui se sont succédés, auraient du admettre un système aussi bizarre et l'innovation

---

([186]) L. 7, § 1 de excep. **(44-1)** EXCEPTIO... *pro minore viginti quinque annis circumscripto.*

([187]) Les défenseurs de cette opinion sont eux-mêmes unanimes à admettre que la loi est traitée par PLAUTE dans le Pseudolus I, 3, 69, comme une loi nouvelle. RUDORFF, R. S. I, p. 97. PUCHTA Cursus der Inst. § 299, note f.

aurait pu prendre racine en si peu de temps, qu'une comédie de PLAUTE ait pu parler de l'exception préjudicielle tirée de la loi *Plaetoria* comme d'une chose parfaitement entrée dans les mœurs? L'histoire proteste contre toute cette théorie. L'anachronisme est évident. On rattache au VIe siècle une institution qui appartient au VIIIe, ou même à une époque plus récente encore.

Les cas que nous venons d'expliquer épuisent, je crois, tous les matériaux que nous rencontrons dans les sources au sujet de notre action pénale ([188]). Bâtir des conjectures plus ou moins hasardées sur d'autres cas possibles, discuter des questions dont la solution ne saurait être appuyée sur aucune preuve, ne ferait que réduire l'intérêt qui s'attache à cette étude. C'est ainsi que nous nous bornerons à indiquer, sans la résoudre, la question de savoir si la peine éventuelle du quadruple ne coïncide pas, dans l'action prétorienne *quod metus causa,* avec l'idée de l'ancien droit, que celui-là mérite la peine du quadruple qui cherche à faire valoir une prétention existante en soi, mais condamnée par la loi, et qui s'insurge ainsi ouvertement contre la loi. (V. note 158).

La seconde des deux classes d'actions défensives, nommées ci-dessus (p. 107), ne sera, ainsi que nous l'avons dit déjà,

([188]) On ne peut invoquer ici : 1) l'*act. popularis* avec *manus injectio* tendant au quadruple, mentionnée par PLAUTE Truc. IV, 2, 47-49 et dirigée contre une courtisane « *quae adversus legem* (d'après FESTUS : *Muneralis*, et appelée par PLAUTE dans un autre passage : *lex lenonia*) (*accepit*) *a plurimis pecuniam,* 2) l'action tendante au quadruple, introduite d'après DION CASSIUS, 54, 18, par Auguste, contre les orateurs qui en contravention à la loi Cincia avaient reçu des présents, 3) l'action tendante au quadruple donnée contre la *calumnia,* dans l'Édit. (L. 1, pr. de calumn. 3-7). En effet toutes ces actions n'avaient pas pour but d'empêcher indirectement l'exercice d'un droit de créance existant en soi, mais de punir un *turpiter acceptum*.

examinée ici que pour la distinguer de celle dont nous venons de parler.

Les actions de cette classe ont avec les précédentes cette analogie que, comme elles, elles s'exercent en termes de défense; c'est là leur but. Elles en diffèrent en ce que ce but ne constitue point leur destination exclusive. Elles ont un domaine plus étendu, des fonctions plus variées. Elles diffèrent encore des actions précédentes, même au point de vue de leur but, en ce qu'elles ne remplaçent pas l'*exceptio*, en rendant celle-ci inutile, ainsi que le faisait l'action pénale. Nulle peine ne menace le créancier; au pis aller, il ne sera obligé qu'à restituer. C'est là une éventualité dont un demandeur ne se préoccupe guère habituellement, avant d'avoir intenté son action, et puis il peut toujours espérer que le défendeur condamné n'exercera pas son recours.

Dans tous les cas où il pouvait y avoir lieu d'exercer cette action, le droit nouveau donne une *exceptio* au défendeur (note 47). Sous ce rapport donc, c'est-à-dire, considérée comme faisant la fonction d'exception, cette espèce d'action n'a plus de raison d'être dans le droit nouveau. Mais tel n'est pas le cas pour le droit ancien. Du reste, à moins d'admettre, erronément à mon sens, que toutes ces actions (même les condictions) ne datent que des derniers temps de la procédure formulaire, il faut bien conclure qu'aussi longtemps qu'elle maintint le principe : un procès, une demande, et repoussa les exceptions, la procédure ancienne a poursuivi sous la forme exclusive de l'action le même but auquel la procédure nouvelle a ouvert la voie de l'action et de l'exception. Cette méthode répond entièrement, au surplus, à toutes les autres notions que nous possédons sur le droit ancien. Comparée à l'*exceptio*, elle est un détour; mais l'histoire nous montre partout la voie la plus longue comme le procédé le plus ancien ([189]). De plus ce système du droit

([189]) Ces deux moyens de défense sont souvent représentés comme se

ancien lui était, dans la plupart des cas, imposé par l'idée qui l'inspirait tout entier, celle d'une justice rigoureuse dans la procédure (p. 49 s.). Ce n'est pas précisément un honneur pour le droit nouveau d'avoir constamment cherché à substituer l'un moyen de défense à l'autre. JUSTINIEN et ses collaborateurs, non plus, n'ont pas justifié leur prétendue supériorité sur la jurisprudence ancienne, lorsque effrayés par la complication apparente de son mécanisme, ils lui imputaient à grief de reprendre d'une manière absurde par telle action ce qu'elle avait accordé par telle autre ([190]). Les écrits de tous les juristes de l'époque ancienne suffisent pour démontrer l'inanité de ce reproche.

Si maintenant le lecteur veut se représenter à l'esprit l'ensemble des explications qui précèdent, il pénètrera le sens des paroles de GAIUS que nous avons inscrites en tête de ce chapitre : NEC OMNINO *ita, ut nunc, usus erat illis temporibus actionum.* Elles signifient non-seulement que le droit ancien ne connut pas d'exceptions proprement dites, mais qu'en leur place des créations juridiques autres lui permettaient d'obtenir les

trouvant l'un vis à vis de l'autre dans un rapport diamétralement opposé. Par suite d'une fausse conclusion tirée du passage de la note 47, on considère l'action comme le moyen le plus énergique, l'exception comme le moyen le plus faible. Mais j'espère que les explications que j'ai données, ci-dessus, sur le mécanisme de la procédure romaine antique, ont soulevé tous les doutes possibles quant à la succession historique de ces deux moyens. V. sur les condictions, BÄHR Anerkennung, p. 94, note 6 et Jahrb. für Dogm. II, p. 376-378.

([190]) L. 2, Cod. de const. pec. (4-18)... *Secundum antiquam receptitiam actionem res exigebatur, etiam si quid non fuerat debitum, cum satis absurdum et tam nostris temporibus quam justis legibus contrarium sit permittere per actionem receptitiam res indebitas consequi et iterum multas proponere condictiones, quae et pecunias indebitas et promissiones corrumpi et restitui definiunt.*

mêmes résultats que le droit nouveau a poursuivis depuis au moyen des exceptions.

Nous nous étions donné pour but de démontrer le mécanisme analytique de la procédure ancienne. Ce but, nous l'avons eu constamment en vue depuis le § 60, et croyons l'avoir atteint. Le moment est venu d'examiner les mérites et les défauts de l'institution dans son ensemble.

Un esprit impartial ne saurait, il me semble, se soustraire à l'admiration qu'inspirent tout d'abord le talent et l'art extraordinaire qui se manifestent dans la procédure ancienne. Elle constitue, à mes yeux, un chef-d'œuvre qui dépasse tout ce que peut nous offrir l'histoire de la procédure, à une époque quelconque, fût-ce même à la nôtre. C'est un chef-d'œuvre dans lequel la plus grande simplicité de l'idée fondamentale s'allie à la plus admirable logique d'exécution et à une inépuisable puissance d'invention dans l'emploi des moyens. Il joint la plus extrême finesse du détail à la solidité de la charpente et à la transparence de toutes les parties. C'est enfin, une machine ingénieuse dans laquelle éclatent tout à la fois l'art le plus raffiné et la plus simplicité la plus parfaite.

Mais qu'importe, dira-t-on, la valeur artistique dans la procédure? Quel prix attacher à l'art, là où la valeur pratique et l'opportunité seules sont à rechercher? L'art en ces matières n'est que de la recherche. Les complications, les détours, les répétitions qu'entraînait la procédure ancienne étaient autant de démentis infligés à l'opportunité et à la valeur pratique de ses institutions. Nos chemins de fer donnent une juste image de la voie que le droit ancien ouvrait devant les parties litigantes. De longs rails de fer, un mouvement en avant dans une direction toujours invariable, point d'échappée ni à droite ni à gauche; point de halte. A tel moment il serait possible de finir le débat... mais le train ne s'arrête pas. Arrivé à destination, il faudra recommencer le voyage, il faudra dépenser encore, il faudra de nouveau perdre du temps pour revenir au point qu'il a fallu dépasser.

Ce sont là, certainement, des inconvénients que présente la procédure ancienne. Les chemins de fer ont aussi les leurs, mais ils sont compensés par d'autres avantages. N'en est-il pas de même, ou plutôt n'en *était*-il pas de même pour la procédure de la Rome antique : car c'est avec les idées de cette époque-là que nous devons juger l'institution et non avec celles de notre époque. De nos jours il en coûte beaucoup pour poursuivre un procès; avant de l'intenter, la question des frais est mûrement pesée. Un principe d'économie semble avoir fait une loi de trancher en une fois toutes les questions qui se rattachent à une même contestation ([191]). Et cependant, je le demande, la somme de travail (la seule considération, après tout, d'après laquelle se déterminent les frais) est-elle moindre lorsque les questions de droit sont traitées ensemble que lorsqu'elles sont traitées isolément? Je crois la dépense de travail plus considérable, car les questions s'accumulant, les difficultés augmentent; chacune d'elles exige un travail particulier, et par surcroît, il faut encore veiller à ne pas les confondre entre elles. Tel soulèvera sans peine dix objets, l'un après l'autre, qui succombera sous le faix s'il veut les soulever tous à la fois. Il y a bien plus encore. L'expérience journalière de notre procédure nous offre un grand enseignement au sujet de cette accumulation de questions litigieuses. Aux motifs véritables, aux raisons invoquées par la partie et sur lesquelles elle fonde l'espoir du triomphe de sa cause, elle entremèle d'autres considérations dénuées de toute valeur, exceptions de contrainte, de dol, d'erreur, etc., qu'elle serait elle-même la première à répudier, s'il n'y avait là une occasion de se procurer du lest sans frais. Mais tout comme l'objet de prix, le lest a du poids et occasionne des frais. Comme le plaideur hésiterait à manœuvrer tout cet appareil de procédure s'il fallait le mettre en mouvement, non plus dans un seul et même procès, mais comme à Rome, à l'époque ancienne, dans autant de procès successifs! Bien

([191]) PLANK, Mehrheit der Rechtstreitigkeiten, p. 70, 90.

peu de ces exceptions, objets des chicanes journalières et dont les parties font les frais, seraient soulevées sous forme d'actions. En éliminant ainsi du débat maints points de discussion sans importance aucune pour le fond du procès, le mécanisme de la procédure romaine ancienne, loin d'augmenter les frais, les diminuait au contraire. Que voyons-nous aujourd'hui? Sous prétexte d'économiser les frais, les procès, semblables à de lourdes charrettes de transport, se chargent de tout un bagage d'actions et d'exceptions; ils s'avançent péniblement, chaque pas peut amener le désordre et la confusion; ils arrivent enfin au terme, mais souvent l'idée claire de l'affaire s'est effacée de l'esprit des juges, des avocats, des parties : tous ont eu le temps de perdre patience et parfois même la vie.

Un point tout aussi important que les frais, dans un procès, c'est la perte de temps. PLANK (note 191) élève contre le principe de la séparation des procédures le reproche que des débats séparés exigent des comparutions plus multiples et des pertes de temps plus grandes. Cette critique semble surtout fondée lorsqu'il s'agit d'un État, comme Rome ancienne, où la procédure est basée sur des débats oraux et nécessite par conséquent la comparution personnelle des parties. Mais le temps n'a pas une égale valeur partout. Le temps ne représente une valeur économique que pour le travailleur; le travail seul est de l'argent. Le temps qu'il faut dépenser à l'occasion d'un procès n'est pas pour le travailleur une simple question de convenances personnelles, il équivaut à une perte matérielle. Dès lors il est aisé de se rendre compte de l'influence qu'a dû exercer le développement de l'industrie, du commerce, le travail en un mot, sur l'organisation économique de la procédure, au point de vue du temps. Au lieu de comparaître en personne, en justice, les parties en arrivèrent à envoyer à leur place des représentants, qui se chargeaient en même temps des intérêts de diverses autres parties encore. La comparution personnelle en justice finit par disparaître et l'instruction par écrit remplaça l'instruction orale. On essaya de résoudre, autant que possible, en même

temps toutes les questions soulevées dans un même procès ([192]).

Mais dans une communauté comme Rome antique, toutes ces considérations ne pouvaient avoir un poids décisif. En effet, abstraction faite du travail agricole, le travail des esclaves y était seul de l'argent, et le travail agricole lui-même laissait au cultivateur libre assez de temps pour soigner ses affaires litigieuses les jours de marché, lorsqu'il venait à Rome. Une modification dans l'organisation de la procédure, introduite en vue d'une économie de temps, n'eût donc excité qu'un médiocre intérêt, et la question de savoir si demandeur et défendeur devaient vider leurs contestations au moyen d'un, de deux ou d'un plus grand nombre de procès, n'eût guère rencontré que l'indifférence. Mais à mesure que le territoire de l'État romain s'accrut, à mesure que les distances grandirent, il fallut de plus en plus compter avec le temps. Cette considération qui fut si puissante sur tout le fond du droit, en tant qu'il pouvait être atteint par la nécessité de la comparution personnelle (III. 350), devait bouleverser en même temps toute l'organisation de la procédure, grâce aux progrès de la civilisation qui augmentait sans cesse la valeur du temps et développait de plus en plus l'amour du bien-être. Il ne fut plus indifférent, dès lors, que chacun dût comparaître en personne en justice, ou qu'il pût s'y faire représenter. Le défendeur trouva un avantage à pouvoir vider sa cause en un seul procès, au moyen d'exceptions, au lieu de devoir entamer lui même un procès spécial, selon l'usage antique. Mais le droit romain ne s'est-il pas laissé entrainer dans cette voie, au point de compromettre d'autres intérêts non moins importants? A cette question, ce sera notre troisième système qui apportera la réponse.

Bien minimes donc sont les défauts apparents de la procédure ancienne, si on les envisage au point de vue de l'époque.

([192]) Tel est aussi le but de l'*exceptio litis dividuae* et *residuae* de la procédure nouvelle.

Et s'il suffit, pour apprécier le mérite d'une institution, de comparer ses avantages et ses désavantages, le jugement sur la valeur de la procédure romaine antique — sur sa valeur *artistique* en même temps que sur sa valeur *pratique* pour la vie romaine, — ne saurait être un instant douteux.

Distinction exacte entre les différents aspects du rapport juridique, entre les demandes et les prétentions contradictoires; restriction sévère du litige à un point déterminé, et en même temps, sur ce point, la précision la plus nette; l'attention du juge fixée et mise à l'abri de toute erreur possible sur la question essentielle soumise à sa décision; rapidité, sûreté et simplicité de tout l'appareil procédurier, telles sont les qualités qui déterminèrent la valeur pratique de la procédure romaine ancienne, qui en feront toujours un objet de recherches historiques plein d'attraits et une source précieuse d'instruction. Mais il faut reconnaître aussi que si jamais on put dire : *jus civile vigilantibus scriptum est* (193), ce fut dans la procédure ancienne. C'était une machine admirable, mais organisée de telle façon qu'elle ne pouvait commodément fonctionner toute seule. Elle exigeait peu d'efforts de la part du juge auquel la question à juger était soumise. De la part du magistrat et des parties, elle réclamait une attention profonde. Une erreur de leur part, une partie qui oubliait de mentionner en temps opportun une circonstance pouvant exercer de l'influence sur le choix de la formule, une question qui n'était pas adéquate à l'état de la chose, une maladresse en un mot, ou un écart dans l'instruction devant le Préteur, véritable pivot de toute la procédure, la moindre petite faute, et le procès suivait sa marche, il est vrai, sans interruption, mais la cause était perdue. Ce défaut, si défaut il y a, est inséparable de l'idée du procès, et se reproduit dans notre procédure actuelle aussi bien que dans la procédure formulaire. Il était assez grave

(193) L. 24 in f. quae in fraud. (42-8).

cependant, pour qu'il fût dangereux de s'aventurer en justice sans un guide sûr : le *juriste* devint indispensable ([194]). On accepta volontiers l'aide du juriste, mais on ne laissa pas de ressentir quelque ombrage de ne pouvoir s'en passer et le lecteur qui m'a suivi jusqu'ici comprendra maintenant comment a pu naître cette légende qui nous montre les juristes à l'époque antique faisant un mystère de la science du droit.

Pour quiconque sait apprécier la haute influence qu'exercent sur le développement du fond du droit des formes étroites et rigoureuses, il sera inutile d'expliquer ou de justifier le jugement dans lequel je résume la valeur historique de la procédure ancienne de Rome pour l'ensemble du développement du droit romain : *Ce que le corps est pour l'esprit, la structure analytique de la procédure le fut pour l'analyse des idées — sans la procédure antique de Rome, le droit romain actuel n'aurait probablement jamais existé.*

B. *Les actes juridiques.*

Corrélation entre la structure de la procédure et celle de l'acte juridique. — Principe de la simplicité de l'acte. — Concentration de l'acte : Simultanéité de l'acte, de ses conditions légales et de ses effets. (Condition et *dies*).

63. L'acte juridique est la forme dans laquelle la volonté individuelle déploie son activité créatrice dans les limites qui lui sont assignées par le droit. La volonté ne crée réellement qu'en tant qu'elle reste dans ces limites; dès qu'elle les franchit, ou bien son action est dépourvue de tout effet, et ne produit qu'un acte vain et nul, ou bien cet effet se retourne contre

([194]) Je me suis expliqué à cet égard au § 47.

elle en lui imposant la nécessité d'anéantir elle-même le résultat qu'elle avait obtenu (peine, dommages-intérêts). La première hypothèse se réalise lorsque la volonté était en lutte avec une règle du droit, la seconde lorsqu'elle en a violé une prohibition.

Les règles du droit nous donnent donc l'étendue et la mesure de ce que peut la volonté, elles nous permettent de le déterminer analytiquement. L'analyse de l'acte juridique repose sur celle des règles du droit. L'acte juridique n'acquiert une existence légale que s'il peut être ramené à des principes existants, car ce qui n'est pas possible *in abstracto* ne peut pas recevoir une existence de fait. Mais le domaine du possible s'étend jusqu'à la limite des règles du droit reconnues. Il n'existe aucun rapport entre les conditions de l'action *juridique* et celles de l'action *de fait*. Il suffit que cette dernière ne soit pas défendue pour qu'elle soit permise. Mais cette hypothèse purement négative et abstraite de l'absence d'une défense n'est pas suffisante pour l'acte juridique. Sa validité repose, non point comme celle de l'acte de fait sur une coercition physique mais sur la force intellectuelle. Les conditions de validité de l'acte juridique sont toutes *positives*.

Si pour être valable, l'acte juridique doit pouvoir être ramené à des idées admises, doit pouvoir être analytiquement décomposé, en d'autres termes, si le juriste doit pouvoir *penser* l'acte que sinon il peut se refuser à reconnaître, il semblerait que le sort du commerce juridique est ainsi arbitrairement livré à la pensée du juriste. Mais les besoins du commerce juridique et sa puissance d'invention sont toujours en avance sur la pensée juridique. Celle-ci, ce n'est point un paradoxe, est toujours en retard sur l'époque et sur la vie. Le sentiment aussi est le précurseur de la conscience. La vie ne doit pas attendre, c'est à la pensée juridique à la suivre. Et de fait il en est ainsi. Lorsque la contradiction se produit sans que la jurisprudence parvienne à la faire disparaître en faisant un judicieux emploi des institutions existantes (ce dont l'économie juridique du

droit ancien [§ 66] nous fournira de nombreux exemples), il ne reste à la jurisprudence qu'à suivre l'impulsion de la vie pratique. Elle doit agrandir sa pensée, élargir son horizon intellectuel. Les premiers efforts tentés pour introduire des idées nouvelles peuvent échouer devant la résistance de la jurisprudence, mais leur triomphe finit toujours par être assuré.

Si l'acte juridique doit pouvoir être analytiquement décomposé, il n'existe pas de limite, cependant, quant au nombre ni quant à l'espèce des notions qui peuvent entrer dans la combinaison d'un seul et même acte juridique. A moins de formes spécialement prescrites, un seul et même acte peut créer les rapports juridiques les plus divers. On peut trouver, par exemple, dans un seul et même acte, le transfert de la propriété ([195]), la constitution de servitudes et d'hypothèques, l'établissement de rapports d'obligation, la cession de créances, la renonciation à des droits de toute espèce.

Mais est-il bien exact, dans ce cas, de dire qu'il n'y a qu'un seul et même acte? Si l'on admet en principe que l'analytique des actes juridiques, leur individualité donc, trouve sa base dans les principes du droit, il faut dire : Non, il y a, dans ce cas, autant d'actes juridiques qu'il y a de rapports juridiques. Tous ces rapports, il est vrai, s'établissent par le même acte extérieur, mais il n'en est pas moins vrai que l'on peut et que l'on doit même les distinguer entre eux, tout aussi bien que l'on distingue entre elles les actions différentes réunies dans un seul écrit de procédure. Il y a des actes juridiques *simples*, et des actes *combinés;* la notion du cumul des actions trouve son corrélatif dans le cumul de plusieurs actes juridiques en un seul.

Le développement historique de ces deux idées en droit romain n'a pas marché du même pas. Tandis que la jurisprudence nouvelle maintenait encore dans toute sa rigueur l'antique

([195]) Même sans l'acte extérieur de la tradition, par la *traditio brevi manu* et le constitut possessoire.

défense du cumul des actions (p. 30), elle n'opposa, au contraire, aucune résistance à l'idée du cumul des actes juridiques. Elle adopta cette idée partout où elle eut les mains libres, c'est-à-dire, pour les contrats et les actes non solennels du droit nouveau. D'où vient cette différence? De ce que la procédure réclame une discipline plus rigoureure que la vie, et de ce que la contrainte peut plus aisément y maintenir cette discipline. Le droit de JUSTINIEN, en abolissant la plupart des formes romaines solennelles, favorisa à son tour le cumul des actes juridiques : seul le testament y échappa encore.

L'accueil que dut faire la jurisprudence antique au principe nouveau de ce cumul, il est à peine besoin de le dire. Après avoir appliqué avec une logique impitoyable dans l'organisation de la procédure, le principe de la simplicité analytique, la jurisprudence n'eût qu'à demi réalisé l'idée que ce qui est un en principe, doit aussi rester un dans sa manifestation extérieure sous forme concrète, si elle avait voulu s'en écarter dans l'organisation de l'acte juridique. L'organisation de la procédure étant telle, que seul un rapport juridique simple y pouvait trouver accès, quoi de plus naturel que de faire rétroagir l'analyse forcée aussi loin que possible en deçà du procès, c'est-à-dire, de lui faire saisir le moment même de la naissance du rapport juridique? Pourquoi réunir dans l'acte juridique ce qui dans le procès devait rester séparé? L'acte devait donc être soumis à la même loi de l'analyse. A ce prix seulement, il était possible de couper dans sa racine le germe de désordre et de confusion que renferme tout mélange de rapports juridiques différents. *Principe juridique, acte juridique* et poursuite du droit ou *action*, formaient dans cette conception une ligne continue, ou plus exactement trois quantités étroitement liées et se couvrant l'une l'autre : la progression dialectique d'une seule et même idée.

En fait, la jurisprudence ancienne a conçu et réalisé avec son énergie ordinaire cette idée si simple, aussi féconde que géniale. La preuve en est acquise pour l'action.

Nous allons le démontrer de nouveau pour l'acte juridique.

L'action et l'acte juridique concordent entre eux par le principe commun qu'ils réalisent. Mais ils n'ont pas seulement entre eux cette égalité axiomatique d'être tous les deux égaux à un troisième terme; un lien plus étroit les unit, auquel le principe lui-même reste complètement étranger. La structure mécanique de l'un est le parfait décalque de la structure de l'autre. Déjà, en traitant du formalisme (III, 310), nous avons montré le rapport de correspondance qui existe entre l'établissement du droit et son exercice en justice. Le même rapport se reproduit ici et de façon telle qu'il est impossible de ne pas y reconnaître une intention parfaitement voulue, un plan préconçu. L'affinité de la structure analytique de la procédure et de l'acte juridique atteste qu'un même esprit les a conçus; en outre, elle révèle la communauté ou plutôt la réciprocité de leur destination. Ce ne sont pas seulement deux institutions parallèles, mais il y a entre elles un *rapport de correspondance.*

Ce rapport reconnu et constaté va singulièrement nous aider à reproduire la théorie de l'acte juridique ancien. Grâce à lui nous pourrons reconstituer un tout et en combler les vides, à l'aide des simples fragments qui nous ont été transmis; et surtout il nous permettra de discerner ce qui dans la théorie de l'acte juridique appartient à l'époque ancienne, ce que peut revendiquer l'époque nouvelle. Tout est confondu dans les sources. Les textes insistent pour tel rapport juridique sur des règles dont ils font à peine mention pour tel autre. Parlant de la même institution, tantôt ils tracent des règles sévères et tantôt ils affichent la tolérance. Pour débrouiller scientifiquement cet amas de règles de droit dérivant toutes des différents âges de la jurisprudence, il n'est qu'un seul criterium : c'est une connaissance approfondie de la différence entre la méthode de l'époque ancienne et celle de l'époque nouvelle.

Simplification du rapport juridique, ou pour être plus précis, prohibition du cumul des actions d'un côté, concentration de

tout le procès sur le moment de la litiscontestation (p. 21) de l'autre, telles étaient, comme nous l'avons vu (§ 61) les deux idées fondamentales qui dominaient toute la procédure. Assurons-nous qu'elles se reproduisent dans la structure de l'acte juridique, sauf les modifications particulières que comporte sa nature spéciale.

I. *Principe de la simplicité du rapport juridique.*

J'ai comparé l'action romaine à une individualité (p. 30). La même comparaison peut s'appliquer à l'acte juridique. Les actes juridiques constituent des individualités dont l'élément capital git dans le droit qu'ils ont pour objet. Autant de droits, autant d'actions, avons-nous dit en parlant de la procédure. Le même principe est vrai lorsqu'il s'agit de l'acte juridique : autant de droits, autant d'actes juridiques.

Si ces prémisses sont exactes, la conséquence en est que le cumul d'actes de nature différente, par exemple, du transfert de la propriété et de l'établissement de servitudes ou d'obligations est défendu, qu'il est même interdit de confondre des actes de même espèce, par exemple, le transfert de plusieurs choses, l'établissement de plusieurs servitudes par une seule mancipation. Voyons ce qu'il en était en réalité.

En droit romain nouveau, il est certains rapports juridiques qui nous montrent intimement unis, dans une unité systématique, les deux éléments fondamentaux du droit qui occupent généralement les deux pôles opposés, l'élément réel du droit, et l'élément obligatoire. Ces rapports sont : le *pignus,* la *superficies* et l'*emphyteusis.* Un seul et même acte y appelle à la vie le côté réel (le *jus in re*) et le côté obligatoire (le contrat); tout au moins peut-il en être ainsi. Dans le droit ancien les choses avaient une toute autre face. L'*usufruit* fut le premier rapport juridique du droit ancien où l'élément réel se montra combiné avec l'élément obligatoire. Le procédé technique que mit en œuvre le droit ancien pour obtenir cette juxtaposition

n'a rien de commun avec le moyen auquel recourut le droit nouveau. Ce dernier confondit les deux éléments dans un seul acte; le droit ancien au contraire, tenant compte de leur différence en principe, les tint extérieurement séparés dans l'acte juridique, il exigea pour chaque élément un acte particulier: l'*in jure cessio* pour le *jus in re,* la stipulation *(cautio usufructuaria)* pour le rapport d'obligation. Dira-t-on que dans l'usufruit il existe entre l'élément réel et l'élément obligatoire une liaison moins intime que dans les trois autres rapports? Mais dans tous le lien obligatoire est absolument indispensable ([196]). Des nécessités techniques peuvent donc seules donner la clef de la différence que l'on observe dans leur structure. Cette différence présente, au point de vue de la méthode de la jurisprudence, une signification d'autant plus grande qu'une observation impartiale ne recueille à l'aspect de l'usufruit comme des autres rapports cités, d'autre impression que celle d'une parfaite unité régnant sur leur ensemble. Aucune cause interne ne détermine la diversité de leur structure, elle est due simplement à une cause historique. Nés à des époques tout à fait différentes, l'usufruit d'un côté et les autres rapports cités ont dans leur formation technique été modelés par un art juridique complètement distinct.

Nous livrons cette opinion à l'examen des savants et nous concédons volontiers que s'il se rencontre, dans l'ancien droit, un exemple, fût-il unique, d'un seul et même acte produisant en même temps des effets réels et obligatoires, on pourra la rejeter comme inexacte. Une disposition célèbre de la loi des XII tables, déjà souvent mentionnée (III, 214) semble, il est vrai, fournir cet exemple. Elle porte sur l'efficacité des dispositions obligatoires ajoutées à la mancipation, donc au transfert de la propriété.

([196]) L. 6, pr. ut in poss. (**36-4**), L. 1, L. 4 Cod. de usufr. (**3-33**), L. 7 Cod. ut in poss. (**6-54**). R. Elvers Die römische Servitutenlehre, p. 554 s.

Les sources ne mentionnent qu'un seul effet obligatoire se rattachant à la mancipation : c'est l'*actio auctoritatis,* action tendant au paiement du double en cas d'éviction. Si réellement cette action avait été un effet de la mancipation comme telle, elle aurait dû exister dans tous les cas de la mancipation, qu'elle se fît au sujet d'une vente ou à propos d'une donation. Mais loin de là, deux conditions étaient requises pour que cette action fût ouverte, et deux conditions qui n'avaient absolument rien de commun avec la mancipation. Il fallait, d'abord, que la mancipation eût eu lieu à la suite d'un contrat de vente, ensuite, que le prix de vente fût payé. L'action ne puisait donc pas sa cause dans la mancipation, celle-ci n'était qu'une de ses conditions. Les mêmes raisons qui empêchent d'envisager l'usucapion comme un effet de l'obligation, par le motif qu'elle compte parmi ses conditions un acte obligatoire *(titulus)*, mettent obstacle à ce que l'on voie dans l'action ci-dessus un effet de la mancipation. Il serait plus exact de la considérer comme une *actio furti* qualifiée ([197]). Le vendeur est censé avoir soustrait le prix de vente à l'acheteur, il a commis envers lui un *furtum nec manifestum,* il répond par conséquent du double ([198]). Si même les termes de la loi des XII tables sur la mancipation avaient réellement un sens obligatoire, jamais les juristes romains ne les ont interprétés comme tels ([199]). Il en existe une preuve frappante. Ils ont refusé d'insérer la convention accessoire de la *fiducia* dans la formule de la mancipation, ils lui ont donné la forme d'une convention accessoire, indépendante, ori-

([197]) V. en sens contraire Leist Mancipation und Eigenthums tradition. Jena 1865, p. 127. Ses objections ne sont guère sérieuses.

([198]) Ainsi s'explique aussi que le double est désigné comme la suite *nécessaire, invariable* de l'éviction. Si le contrat eût été la base de l'action rien n'eût pu empêcher les parties d'augmenter ou de diminuer, par leurs conventions, le montant de la prestation d'éviction.

([199]) Semblables interprétations restrictives se représentent fréquemment dans le droit ancien, v. T. III, 143 s.

ginairement dépourvue d'action, ils en ont fait, pour ainsi dire, une *clause secrète* (III, 214 s.). Si pareille convention avait pu trouver place dans cette formule, elle aurait engendré, comme tous les autres actes obligatoires du droit ancien, une *actio stricti juris*. En réalité, l'action qui en naissait était une *actio bonae fidei* ([200]). Or, jamais une action de cette espèce n'a pu naître de la mancipation.

Il y a un parallèle intéressant à établir entre la *fiducia* et l'obligation de servir *(operarum obligatio)* imposée à l'esclave lors de son affranchissement par le maître. Notre opinion y puise une force nouvelle. L'obligation en question s'établissait dans l'acte d'affranchissement et devant l'autorité ([201]). On se demande dès lors quel est le motif qui l'empêchait d'être accueillie dans la formule de la manumission, comme modalité de celle-ci, et pourquoi il ne lui restait, comme à la *fiducia* que la forme d'un pacte accessoire (serment) relevant plutôt de la conscience *(fides)*. Ce motif ne peut être trouvé que dans notre principe : *Un seul et même acte ne pouvait produire deux effets systématiquement différents (liberté et obligation).*

Nous pouvons donc affirmer sans hésiter qu'aucun acte du droit ancien ne produisit en même temps un effet réel et un effet obligatoire. Au contraire, la différence qui existait en principe entre l'ancien droit réel et l'obligation était nettement tranchée et s'étendait aussi à leur établissement au moyen d'un acte juridique.

La *propriété* et la *servitude* sont séparées par une différence systématique, tout autant que la propriété et l'obligation. Défense donc, en vertu de notre principe, de les cumuler dans

---

([200]) Je reviendrai sur ce point à l'occasion de l'âge des *actiones bonae fidei*. — L'argument que l'on pourrait tirer de la L. 48 de pact. (**2**-14), GAIUS *ad legem XII tabul.*, ne mérite aucune réfutation.

([201]) En vue d'obtenir, paraît-il, la coopération du magistrat dans l'intérêt des deux parties, arg. L. 47 de oper. lib. (**38**-1)... *Praetorem* NON PATI, Cic. ad attic. VII, 2 in f.... *in eo, qui eadem liber non juraret.*

un seul et même acte. Cependant la *deductio* de servitudes, qui était possible à l'occasion d'un transfert solennel de propriété (202), semble ici démentir ce principe. Mais la contradiction n'est qu'apparente, elle se transforme même en une confirmation nouvelle de notre opinion. Le forme même dans laquelle s'opérait cette constitution de servitude constate notre principe et lui rend hommage, précisément par la manière dont elle lui échappe. Que fait-on en effet? On agit comme s'il n'y avait qu'un seul acte ayant pour objet un fonds déjà grevé de la servitude désirée. Nous ne voyons pas le mancipant transférer d'abord la propriété et puis l'acceptant, devenu propriétaire, établir la servitude. Dans ce cas, en effet, il y aurait juridiquement deux actes différents et il resterait encore à examiner, par rapport à la servitude, si l'acceptant avait le droit d'aliéner. Mais il n'en est rien, le mancipant se borne à retenir, à déduire (*deducit*) quelque chose de ce qu'il transfère. C'est une nuance analytique fort importante dont la procédure nous a offert un autre exemple dans le *cum deductione* et *compensatione agere* (p. 76). Les juristes anciens pouvaient en s'appuyant sur l'autorité des termes de la loi des XII tables sur la mancipation, admettre la parfaite validité de ce moyen. De même que l'action de l'*argentarius* n'avait pas, juridiquement, pour objet deux créances, de même cet acte n'avait pas pour objet deux droits réels. Le droit réservé ne fonctionnait ici, comme dans une soustraction, qu'à titre de quantité à soustraire. Logiquement, il devait être permis de réserver *plusieurs* servitudes, par exemple, un usufruit en même temps qu'une servitude de passage, etc., chose qui, à mon avis, était absolument interdite lorsqu'il n'y avait pas en même temps transfert de la propriété. La pluralité des nombres à soustraire est indifférente lorsque l'unité ne doit exister que dans le nombre à diminuer.

(202) Gaius, II, 33. Vat. fr. § 47, 50, 51 et ci-dessus note 99; Dirksen, Vermischte schriften, 1, p. 110.

Si le droit ancien avait déjà connu les autres *jura in re*, il leur aurait assurément appliqué le même système. Si donc nos sources n'en font aucune mention à l'occasion de ces droits, ce ne peut être à cause d'une différence systématique entre eux et les servitudes ([203]), mais uniquement pour des motifs historiques.

L'établissement de servitudes prédiales en faveur de l'acquéreur nous fournit le pendant du cas ci-dessus. Le propriétaire antérieur apporte parmi les servitudes appartenant au fonds à transférer, celles qu'il veut établir sur le fonds gardé par lui; la constitution de servitude ici non plus, ne constitue pas un acte spécial, ce n'est qu'une modalité introduite dans le transfert de la propriété. Tandis que dans le cas précédent le *praedium* était transféré comme *serviens*, il est dans l'espèce transféré comme *dominans* ([204]).

Ainsi se trouvent épuisés les rares renseignements que nous offrent, que je sache, les sources au sujet du cumul de plusieurs actes d'espèce différente. Reste encore à examiner la question de la possibilité de la combinaison de plusieurs actes *de même espèce*.

A ne considérer que les trois formes fondamentales dans lesquelles se renfermait la vie des affaires, à Rome (§ 52), la *mancipatio*, l'*in jure cessio* et la *stipulatio*, on peut tout d'abord et sans hésiter, soutenir que pareil cumul était impossible pour l'*in jure cessio.* Il est permis, en effet, de conclure de la revendication à l'*in jure cessio.* S'il n'était point permis de revendiquer en une fois plusieurs objets, leur cession en justice, en une fois, au moyen de la revendication apparente, devait être interdite également. A la règle : *autant d'objets, autant de revendications*

([203]) Comme le prétend Dirksen, l. c., p. 119.

([204]) L. 3, L. 6 pr., L. 7. pr. Comm. praed. (8-4). Je puis évidemment rapporter aux deux formes dont il s'agit plus haut ce qui est dit dans ces textes de la *tradition*.

(p. 29), devait correspondre la règle : *autant d'objets, autant d'actes de cession en justice.* Le principe de l'interdiction du cumul devait donc embrasser tout le domaine *exclusif* de l'*in jure cessio* (III, 236), et l'on peut soutenir qu'il ne pouvait être permis d'émanciper plusieurs enfants ou d'affranchir plusieurs esclaves par un seul acte.

L'argument que nous venons de tirer de la revendication ne s'applique pas à la *mancipatio.* Pour celle-ci il y a au moins un cas où la possibilité du cumul est expressément attestée. C'est lorsqu'il s'agit du transfert de la propriété. Ulpien (Fragm. XIX. 6) dit que l'on peut manciper en une fois autant de *res mancipi* mobilières que la main peut en contenir, et autant de choses immobilières que l'on veut. Il est douteux que le droit ancien ait connu cette disposition. Gaius, dans son exposé de la *mancipatio* (I. 119-122), n'en dit mot. Sans être une preuve décisive, le fait n'en a pas moins sa valeur. Mais quiconque m'aura suivi dans cette étude, quiconque se sera pénétré de l'esprit analytique qui anime toute la jurisprudence ancienne, de la rigueur et de la logique de sa méthode, celui là ne pourra que partager mes doutes à cet égard. On pourrait cependant objecter que si la mancipation avait été restreinte à un objet unique, cette restriction aurait dans certains cas (le transfert d'un troupeau, par exemple) présenté de graves inconvénients pratiques. Mais n'oublions pas que dans ces cas on pouvait se servir de l'*in jure cessio* (la revendication d'un troupeau était possible. V. p. 36 note). D'un autre côté, il ne faut pas non plus exagérer les inconvénients du système, puisque avec l'aide de quelques esclaves, et l'on sait qu'ils étaient capables de mancipation ([205]), on pouvait manciper en fort peu de temps, pièce par pièce, le troupeau le plus nombreux.

La *stipulation* se prêtait à la création et à la combinaison des obligations les plus diverses : donner, faire, omettre, tout était

([205]) Gaius, II, 87.

matière pour elle. Elle pouvait comprendre en un seul acte les contrats les plus variés, le prêt, la vente, le louage, la société, etc. Je doute fort qu'il en fût déjà ainsi dès le droit ancien. L'époque ancienne n'attachait pas une importance décisive aux termes abstraits au moyen desquels se concluait la stipulation : *spondesne*, *spondeo*, au point de rester indifférente à l'objet même de la stipulation. A l'origine, la valeur de ces mots et celle des termes de l'*in jure cessio* et de la *mancipatio : aïo... meum esse*, était la même. Ils caractérisaient l'acte quant au *genre*, et non quant à l'*espèce*. Ce qui constituait en réalité l'individualité de tous ces actes, c'était leur *objet*, leur *contenu*. S'il y avait impossibilité de combiner l'*in jure cessio* d'une chose corporelle, d'une hérédité, d'une servitude, d'une tutelle, tous rapports bâtis sur un schème identique : *aïo... meum esse*, il ne pouvait être permis non plus, à mon avis, malgré l'identité de la formule, de fondre en une seule *obligation* des éléments obligatoires juridiquement différents les uns des autres. Une *stipulatio emti*, *venditi*, *locati*, *conducti* devait, aux yeux des juristes anciens, constituer une individualité juridique au même titre que n'importe quel autre acte parmi ceux dont nous venons de parler ([206]). A chaque espèce de contrat correspondaient à l'époque ancienne des formulaires déterminés. Leur emploi était libre, il est vrai, et ce qui l'atteste, c'est qu'il est fait mention de plusieurs formulaires pour une seule et même espèce d'actes ([207]). Le commerce juridique, cependant, et avec infiniment de raison (III, 294 s.) se mainte-

([206]) Des mots sacramentels déterminaient, au point de vue de la forme, l'individualité des divers actes. En l'absence de ces mots le juriste ancien ne reconnaissait point le contrat déterminé qu'ils individualisaient. Ainsi la *stipulatio empti* était toute entière dans les mots : *habere recte licere* (comp. les exemples dans Varron de re rust. II, 2, 3, 4), la *stipulatio conducti* dans les mots : *frui licere* (v. les exemples cités par Dirksen Manuale V° *frui*).

([207]) Varron de re rust. II, 2, 5.

nait dans la voie qui lui était tracée uniformément dans les divers formulaires. Grâce à cette circonstance, grâce à cette persuasion où l'on était que pour chaque espèce d'acte, il fallait un formulaire spécial, l'époque ancienne ne dut pas connaître cette idée avec laquelle se familiarisa si bien l'époque nouvelle, d'amalgamer dans une stipulation unique des actes et des formulaires d'espèce différente. Au reste, quel profit en eût-elle tiré? Ne prononcer qu'une fois au lieu de dix fois les mots: *spondesne*, *spondeo?* Pour conquérir ce mince avantage, il aurait fallu renier les notions élémentaires de la méthode juridique, auxquelles on avait voué une fidélité si rigoureuse, on aurait dû consacrer cette stipulation unique par l'octroi d'une action unique (p. 38).

Seul, le *testament* échappait et devait échapper à la loi de la simplicité dans les actes. Le testament, cependant, était moins un acte unique qu'une réunion d'actes d'espèces les plus diverses: institutions d'héritiers, legs, affranchissements, nominations de tuteurs. Toutes ces dispositions qui du reste présentaient les caractères juridiques les plus variés, n'avaient qu'un seul point commun, c'est qu'elles avaient toutes pour condition la mort du testateur. L'erreur serait donc grande de mettre sur la même ligne le testament et l'acte entre vifs. Il faut au contraire, en regard du testament, comme totalité de tous les actes de dernière volonté, placer la somme totale de tous les actes entre vifs que l'on peut imaginer. En opposition avec la liberté de contracter entre vifs, l'autonomie testamentaire possède ce caractère propre de ne pouvoir se manifester que dans un seul acte d'ensemble, tandis que la première ne s'exerce que dans des actes isolés sans jamais pouvoir se réduire à une forme unique. Le codicille du droit romain nouveau a, il est vrai, déserté quelque peu ce principe, mais celui-ci a été invariablement maintenu pour le contenu essentiel du testament, pour la nomination de l'héritier. Le testament nous représente donc dans une certaine mesure toute une moitié de l'ensemble de l'autonomie individuelle, il est avec les actes

entre vifs dans le même rapport, à peu près, que l'hérédité avec les droits isolés du patrimoine héréditaire, et nous ne saurions mieux le caractériser qu'en nous reportant aux expressions : succession universelle, succession particulière, et en l'opposant comme l'acte *universel*, à tous les actes *particuliers*. Comment les Romains ont-ils été amenés, contrairement au principe de la séparation dans les actes particuliers, à consacrer pour tous les actes de dernière volonté, le principe de la concentration? La réponse est aisée. Il y a d'abord un motif historique dans la forme originaire de la confection du testament. Les testaments se faisaient dans l'assemblée du peuple. Nous avons déjà traité ce point (I. 147). Le peuple n'avait pas seulement à prendre connaissance des testaments, mais il pouvait les apprécier, les discuter, donc les rejeter. Aux motifs que j'ai déjà fait valoir en ce sens, il s'en ajoute d'autres qui relèvent directement de notre matière actuelle et qui ont un grand poids. Le testateur devait soumettre au peuple, pour lui permettre de juger en connaissance de cause, tout l'ensemble de ses dispositions testamentaires. Ce n'était qu'à ce prix qu'il était possible d'apprécier et de juger chacune d'elles. Agir autrement, c'eût été mettre le peuple dans la position d'un juge obligé de statuer sur une clause isolée d'un contrat sans avoir connaissance de l'instrument tout entier. Cependant, qu'est-ce qui garantissait que le testateur faisait réellement connaître ses dispositions tout entières? Qu'est-ce qui empêchait qu'il ne révélât que celles-là seulement qui avaient besoin d'être sanctionnées par le vote populaire, comme contenant une dérogation à la loi, comptant voir appliquer aux autres les règles sur la succession *ab intestat?* Il ne lui servait de rien d'user de pareilles réticences, et c'était, à mon avis, le but de la règle si connue : *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*, de les déjouer. Cette règle, au sujet de laquelle, de nos jours, tant d'erreurs ont été émises, me paraît avoir été un complément indispensable de l'ancien *testamentum in comitis calatis*. A défaut de cette règle, tout testateur eût pu tromper

le peuple et surprendre son adhésion à des dispositions qu'il n'eût jamais approuvées s'il eût eu connaissance de l'ensemble des dispositions testamentaires. Grâce à cette règle, tout testateur qui cherchait à égarer le peuple, se prenait à son propre piége (208). Mais il y avait une autre fraude à prévenir. Tel qui cherchait à déshériter un de ses fils, mais qui n'osait faire connaître sa volonté au peuple, de crainte de la voir écarter et de voir annuler par suite tout son testament, aurait peut-être pu concevoir l'idée de dissimuler l'existence de ce fils. Si, dans ce cas, le peuple avait ratifié le projet de testament, on s'était évidemment joué de sa bonne foi. Ceci nous donne la clef d'une autre règle du droit romain ancien, aux termes de laquelle le testateur doit expressément ou instituer ou exhéréder ses héritiers siens; il lui est interdit de les passer sous silence. Si néanmoins le testateur ne les nomme pas, s'il dissimule leur existence au peuple, sa mauvaise foi retournera contre lui-même; son testament sera, selon l'occurence, nul en tout ou en partie (droit d'accroissement des filles et des fils). Le fait d'arracher ainsi par surprise le consentement du peuple avait les mêmes conséquences que le droit postérieur attacha au fait de surprendre des rescrits impériaux (209). Cette règle, comme la précédente, s'imposait avec nécessité dans les circonstances pour lesquelles elle était créée. Si elle a survécu aux change-

---

(208) Unger Verträge zu Gunsten Dritter (Jahrbücher T. X, p. 59) objecte qu'entendue ainsi cette règle devait entraîner pour conséquence que l'héritier institué pour moitié ne pût jamais hériter et que dans ce cas il y aurait eu lieu à la succession ab intestat. Ma réponse est celle-ci : si un testateur avait soumis au peuple un projet de testament aussi singulier, on n'aurait certes pas manqué de lui demander pourquoi il ne disposait que de la moitié et ce qu'il devait advenir de l'autre moitié. Un pareil projet aurait donc été immédiatement rectifié dans l'assemblée ou rejeté par le peuple si le testateur ne consentait pas à compléter l'expression de sa volonté.

(209) L. 2, Col. si contra jus (1-22)... *in tacendi fraude.*

ments qui s'introduisirent dans l'ancienne forme du testament, la raison en est d'après moi qu'elle offrait le seul moyen de consacrer le droit de succession de l'enfant qui à l'époque de la confection du testament n'était pas encore né ou dont le père, faussement, avait supposé la mort.

L'introduction du testament par mancipation fit perdre de son importance au motif historique que nous venons d'assigner à la simultanéité et à la concentration des dispositions testamentaires. Cependant, la jurisprudence romaine resta pendant un certain temps encore imprégnée de la même idée. La raison n'en saurait être puisée uniquement dans l'esprit conservateur des Romains. Le droit romain actuel, lui-même, en Allemagne, a adopté cette idée telle qu'il la retrouvée dans le dernier état du droit romain, c'est-à-dire restreinte à l'institution d'héritier. Il est plus juste d'invoquer ici des motifs pratiques. Le morcellement des divers actes de dernière volonté doit fatalement engendrer la confusion et l'incertitude; il importait de parer à ce danger. En obligeant le testateur à exprimer d'un seul trait toutes ses dispositions, on le contraignait à être clair, à se rendre compte de l'action réciproque de toutes ses dispositions et à se représenter nettement tout le plan qu'il entendait suivre pour régler sa succession ([210]).

II. *Concentration de l'acte juridique.*

Ce fut une conception heureuse que celle qui concentra la procédure dans le moment de la litiscontestation. C'est autour de ce point unique (p. 21 s.) que se déroule tout le procès; le juge, dans l'appréciation du rapport litigieux, ne peut avoir égard à aucun événement antérieur ni postérieur. Il en est de même pour l'acte juridique. Le moment de la conclusion de l'acte est le point normal auquel il faut se placer pour apprécier

([210]) Sur les modifications apportées à cette idée, dans le droit nouveau, par l'admission des codicilles, v. plus loin.

toutes les questions qui se rapportent soit aux conditions de l'acte, soit à ses effets. Toutes les conditions légales de l'acte se concentrent sur ce seul point, et s'y fixent comme dans la litiscontestation nous avons vu se fixer le rapport litigieux, et désormais l'acte lui-même est à l'abri de toutes les influences du temps.

Trois éléments constituent l'acte juridique : l'*acte* en lui-même ou l'*action*, ses *conditions légales*, ses *effets*. Voyons comment s'y manifeste l'idée de la concentration.

1. *Nécessité de l'unité de l'action.*

Tout acte veut une action unique ; elle ne peut être suspendue, divisée. Évidemment dans les actes qui n'exigent qu'une action purement momentanée de la part d'une personne unique, il est inutile de prescrire l'unité de l'acte. Elle s'impose d'elle-même, et nul ne songera à diviser une action qui ne demande qu'un moment, à prononcer le commencement d'une phrase pour ne l'achever qu'une heure après. Mais les choses changent d'aspect dans les actes qui, pour se conclure, réclament un temps plus long, le testament oral, par exemple, ou dans ceux qui, comme les contrats, ne peuvent se parfaire que par l'action de plusieurs personnes. La nécessité de l'unité dans les actes de ce genre ne peut résulter que d'une disposition expresse du droit. Cette nécessité, il est vrai, ne se trouve indiquée dans les sources que pour le testament, la stipulation et la *tutoris auctoritas* (211), mais je ne doute pas un instant qu'elle ne fût la règle de tous les actes du droit ancien. J'en trouve indirectement la preuve, pour la *mancipatio* (par conséquent aussi pour le *nexum)* et pour l'*in jure cessio*, dans la nécessité de la

(211) Pour le testament : L. 21, § 3 qui test. (**28-1**) : UNO CONTEXTU *actus*, pour la stipulation : L. 137 pr. de verb. obl. (**45-1**), CONTINUUS *actus* (III, 238), pour la *tutoris auctoritas*, § 2 Inst. de auct. tut. (**1-21**) : *statim in ipso negotio.*

présence des parties. Quant aux obligations, la chose ne sera certaine que lorsque nous aurons prouvé que c'est seulement le droit nouveau qui a accordé des actions aux contrats non solennels, affranchis, on le sait, de la règle dont il s'agit.

Mais il ne suffit pas d'énoncer ce principe. La connaissance de ses conséquences et des conditions de son applicabilité pratique peut seule nous renseigner sur sa valeur réelle. Et dans ce but jetons d'abord un coup d'œil sur le droit postérieur : il servira de contraste.

Dans les actes qui exigent l'action de plusieurs personnes, l'unité de l'acte a pour condition leur présence au même endroit. L'unité de l'acte ou du *temps* suppose l'unité du *lieu*. La diversité du lieu est le signe de la diversité des actions. Si le droit veut réaliser le principe de l'unité de l'acte, il doit proclamer en même temps la nécessité de l'unité du lieu. Mais ceci ne peut être mis en pratique que là où le territoire sur lequel se meut le commerce juridique est assez restreint pour que, en toutes circonstances, sans perte notable de temps, sans difficultés trop grandes, les contractants puissent se trouver en présence. L'extension géographique des relations juridiques rend le maintien de ce principe de plus en plus difficile. Elle finit par le rendre impossible; les messagers, la poste, le télégraphe abolissent peu à peu la comparution personnelle. Le principe de l'unité du temps et du lieu est donc essentiellement dépendant de l'étendue géographique du mouvement des affaires et du commerce. Sur son étroit territoire, Rome ancienne avait pu établir et appliquer un principe dont la Rome postérieure a dû s'écarter. L'acte juridique ancien était avec le territoire de l'État ancien dans la plus étroite relation. A mesure que l'État s'agrandit, l'acte juridique dut s'élargir avec lui. Le commerce ne tenait plus compte des distances, l'acte juridique dut se débarrasser de l'entrave du lieu. Mais les âges avaient consolidé la forme des actes traditionnels du droit civil, et trop roidis déjà, ils ne purent transformer comme il l'aurait fallu toute leur antique architecture. L'on ne put y introduire

que quelques modifications isolées. Ce sont celles-là que je veux décrire ici même. Par leur contraste elles expliqueront le droit ancien.

Les conventions du *jus gentium*, au contraire, surent tout d'abord se plier aux exigences du temps. Véritables échos du droit commercial de Rome dans ses relations internationales, elles se distinguent des actes du *jus civile* proprement dit, surtout en ce qu'elles se sont affranchies de la condition du lieu. Il ne rentre pas dans notre sujet de les approfondir. Leur développement en contrats indépendants, affranchis des formalités de la stipulation appartient à la troisième période. Nous nous bornons donc ici aux actes du droit civil proprement dit.

Lorsque plusieurs copropriétaires veulent acquérir ou établir une servitude prédiale, il faut, d'après le droit ancien, qu'ils agissent ensemble au moyen d'un seul acte. Le droit nouveau leur permet d'agir isolément (212). D'après le droit nouveau, plusieurs légataires qui ont à exercer en commun un droit de choisir, peuvent chacun de son côté exercer leur droit, ce que jamais le droit ancien n'aurait pu admettre. L'obligation corréale établit entre les divers intéressés un seul et même rapport d'obligation ; la jurisprudence ancienne exigeait par conséquent qu'elle fût établie par un acte unique (213), le droit nouveau,

(212) L. 11 de serv. pr. rust. (**8**-3), L. 18 Comm. praed. (**8**-4); sur l'exemple suivant, dans le texte v. L. 8, § 2 de opt. leg. (**33**-5). Tous ces actes isolés restent suspendus jusqu'à ce que le dernier ait été accompli ; v. sur la dépendance réciproque qui en résulte d'après le droit nouveau, pour les divers participants à l'acte, Ihering Ueber die passiven Wirkungen der Rechte, dans *Jahrbücher,* T. 10, p. 466-468.

(213) V. Ribbentrop Correalobl. p. 112 (pour le droit nouveau v. p. 114) et Schrader ad § 3 Inst. de fidejuss. (**3**-20). Ces auteurs invoquent : pr. Inst. de duob. reis (**3**-16) et L. 12 pr. D. ibid. (**45**-2), le second renvoie en outre à Plaute Trinummus V, 2, 39. Dans le cas où il y avait plusieurs promettants, si, après avoir interrogé le premier selon la formule, on

au contraire, permet de l'établir au moyen d'actes séparés. Le droit ancien veut que les témoins du testament fonctionnent en même temps, le droit prétorien permet à chacun des *obsignatores* d'accomplir isolément l'acte (apposer les sceaux) dont il fait dépendre la *bonorum possessio secundum tabulas* (214). Le tuteur d'un impubère doit revêtir de son *auctoritas* l'acte pour lequel elle est requise au moment même où il se conclut; donc le tuteur doit être présent. Le curateur d'un mineur, au contraire, peut faire connaître son consentement avant ou après la conclusion de l'acte; il peut donc se dispenser d'y assister. Le motif de cette différence n'est pas dans la nature différente de la *tutoris auctoritas* et du *consensus curatoris*. Je n'en vois point d'autre, si ce n'est que la première appartient au droit ancien et le second au droit nouveau.

Le principe de l'unité d'action trouvait encore, d'après moi, une application qui s'éloigne entièrement de notre conception moderne sur la théorie de l'acte juridique. Toute addition à un acte était interdite. La jurisprudence ancienne les traitait comme des branches parasites qu'il fallait extirper; elle exigeait que tout ce qui devait valoir avec l'acte, fût con-

---

s'était borné à demander au suivant : *idem spondes?* celui ci n'aurait été obligé qu'accessoirement, comme *sponsor*. SALPIUS Novation und Delegation p. 169.

(214) L'édit exige seulement sept sceaux, non les sceaux des témoins. Aussi distinguait-on les *testes* et les *obsignatores*, v. par exemple, CICÉRON ad Att. XVI, 16. L'on faisait souvent sceller le testament par un bien plus grand nombre de personnes CIC. ad att. VII, 2 § 3. SUETONE Tiber. c. 76; le testateur lui-même apposait son propre sceau. CIC. Ep. ad Quint. III, 9; Chaque nouveau sceau sur l'enveloppe qui contenait le testament rendait plus difficile la falsification des sceaux et par cela même éloignait la possibilité d'ouvrir le testament sans qu'on l'aperçût. L'édit n'exige pas non plus que les sceaux soient apposés en même temps, arg. § 3 Inst. de test. (2-10); le fait raconté par PLINE Epist. II, 20 § 10 ne s'est certainement pas passé en présence de plusieurs personnes.

tenu dans l'acte et fût né avec lui. A ses yeux, l'acte juridique ne pouvait qu'*établir* ou *supprimer* le rapport qu'il avait pour objet, mais le *modifier*, point. Celui qui cherchait à introduire des modifications dans un acte (215), devait se résigner à établir à nouveau le rapport tout entier. La jurisprudence ancienne ne souffrait point les raccords. Comme les êtres vivants, les actes juridiques devaient y conserver jusqu'à leur fin le corps qu'ils avaient apporté en naissant.

Qu'il y ait là une application du principe de l'unité d'action, il est superflu, je pense, de le prouver. Chaque addition est un fragment oublié de l'action générale. Permettre des additions par des actes isolés, dans des moments isolés, c'est morceler, éparpiller la totalité d'une action qui doit se concentrer dans un acte unique. C'est détruire l'unité de l'acte que de laisser divers de ses fragments naître en des moments différents.

Dans cet ordre d'idées encore, la jurisprudence nouvelle s'est plus ou moins écartée du principe de l'unité de l'action. Des exemples vont le prouver.

Sous l'empire du droit ancien, le testateur qui voulait insérer une disposition nouvelle, voire la plus insignifiante, dans son testament, devait le refaire tout entier. Grâce au fideicommis et au codicille, il évite cette peine sous le droit nouveau. Ce n'est point l'absence des formes qui caractérise le progrès que le codicille introduisit dans l'histoire du droit de succession à Rome, — elle était au contraire une décadence, et ce fut avec raison que le droit postérieur en revint à la forme, — le progrès était dans l'abandon partiel du principe de la concentration de toutes les dispositions de dernière volonté dans

(215) Dans le testament, par exemple : L. 21, § 1 qui test. (28-1) *Si quid post factum testamentum mutari placuit, omnia ex integro facienda sunt.* De même dans l'obligation, par la novation. Le droit ancien ne permettait point de modifier une obligation par des additions, ainsi que le permit plus tard l'édit du Préteur dans la forme du constitut.

un acte unique. Le codicille, en un mot, et c'était là la vraie conquête, rendait possible l'*acte particulier* en matière de droit héréditaire.

Quelle est la force obligatoire des modifications consenties entre parties après la conclusion du contrat? Elle est nulle d'après le droit ancien. Dès que les termes sacramentels de la stipulation ont été proférés, celle-ci est définitivement fixée; il n'y a qu'un nouvel acte de stipulation qui puisse y ajouter des dispositions nouvelles (216). Dans le droit nouveau, au contraire, il y a lieu de distinguer si les modifications ont été faites *sur le champ,* c'est-à-dire, si elles ont été immédiatement ajoutées à l'acte, ou si elles n'ont été convenues que plus tard. Dans la première hypothèse, elles s'enchâssent dans l'acte même, comme parties intégrantes, peu importe qu'il s'agisse de contrats de bonne foi, ou de stipulation (217). Dans la seconde hypothèse, on ne leur reconnaît un effet *positif* (c'est-à-dire qu'elles n'engendrent une action) qu'à la condition qu'on puisse y retrouver la conclusion d'un nouveau contrat; en tant que dispositions ajoutées, elles n'ont qu'un effet *négatif* et n'engendrent qu'une exception (218). Malgré toute la liberté avec

(216) Une question comme celle de Pomponius et d'Ulpien dans la L. 7, § 6 de pact. (**2**-14) . *si igitur in totum (abiri ab emtione) potest, cur non et* PARS *ejus pactione mutari potest?* aurait été impossible dans la bouche d'un juriste ancien.

(217) V. pour les premiers L. 7, § 5 de pact. (**2**-14)... *ex continenti... in ingressu contractu,* L. 72 de cont. emt. (**18**-1), pour la stipulation : L. 40 de reb. cred. (**12**-1).

(218) L. 72 cit. L. 7, § 6 de pact. L. 13, Cod. ibid. (**2**-3), L. 44, § 2 de obl. et act. (**44**-7). Toute exception montre que l'addition dont elle est l'origine n'est pas une partie du contrat originaire, mais plutôt chose extérieure, indépendante. Si même la jurisprudence ancienne avait connu la forme de l'exception, elle aurait néanmoins refusé l'effet d'une exception aux conventions postérieures qui ne suppriment pas entièrement l'obligation originaire, mais la modifient seulement, et ce en vertu du principe ci-dessus.

laquelle la jurisprudence nouvelle traita les traditions de la méthode ancienne, elle ne put jamais se résoudre à reconnaître une force positive à une disposition simplement complémentaire d'un acte; non point que sa conception juridique ne crût pouvoir aller jusque là, mais parce qu'elle voyait là un manque d'unité qui lui paraissait dangereux en pratique. Le seul cas d'exception que je connaisse, est celui de l'*actio de pecunia constituta* d'origine prétorienne. L'exception, cependant, ne consistait pas en ce que le constitut modifiât la dette originaire elle-même. Dans cette hypothèse il aurait dû être permis de poursuivre l'exécution de la promesse au moyen de l'action originaire du contrat. Mais il y avait dérogation au principe en ce sens qu'une convention accessoire ajoutée au contrat principal était reconnue comme cause indépendante d'obligation. Le pacte de constitut peut être comparé sous ce rapport au codicille. L'un et l'autre dispensent l'auteur d'un acte de la nécessité de le refaire en entier lorsqu'il ne veut qu'y ajouter une simple disposition supplémentaire.

Il y a deux actes, cependant, l'émancipation et l'adoption, où le droit ancien semble n'avoir tenu aucun compte du principe de l'unité de l'acte. En effet, les fils ne pouvaient être émancipés ou adoptés qu'à la suite de six ou sept actes, les filles et les petits fils à la suite de deux (II. 179). Même des intervalles assez longs pouvaient séparer ces actes isolés (III. 215). En fait, cependant, il ne s'agissait pas là d'un acte unique divisé en plusieurs fragments, mais d'un ensemble d'actes isolés, indépendants les uns des autres, engendrant chacun, sur le champ, leur effet déterminé. Si, dans l'intervalle d'un acte à un autre, ceux qui agissaient venaient à changer d'intention, ils pouvaient couper court à tout ce qui avait été fait; ils pouvaient laisser l'enfant sous la puissance paternelle ou en *mancipium*. Ils pouvaient, même, par un nouveau changement reprendre le cours des choses, là où ils s'étaient arrêtés. Dans un acte unique, le testament par exemple, une semblable manière de procéder eût été absolument impossible.

Le principe de l'unité de l'action était donc, pour le droit ancien, sans exception aucune, une vérité. Le droit ancien n'attachait aucun effet à une action morcelée, soit que plusieurs personnes ayant à établir un rapport commun entre elles, le fissent séparément et par divers actes isolés, soit que les contractants convinssent par'après de certaines dispositions qui ne se trouvaient pas contenues dans l'acte originaire.

2. *Existence des conditions légales.*

Diverses autres conditions viennent s'ajouter encore à l'acte proprement dit. Elles concernent, soit la capacité personnelle de celui qui agit, soit l'objet et le contenu de l'acte, soit le but même de l'acte. D'après le droit ancien, ces conditions doivent exister au moment même de l'action. Il semble difficile, au premier abord, qu'il en puisse être autrement. Comment l'existence antérieure de ces conditions ou leur réalisation postérieurement à l'acte qu'elles doivent entourer pourrait-elle suppléer à leur inexistence au moment même où elles doivent concourir à assurer à l'acte les effets qu'il doit produire? Que sert-il au chasseur d'avoir eu de la poudre autrefois, ou d'en avoir plus tard, si au moment de faire feu il a bien son fusil, mais pas de poudre? Cette comparaison d'un fait juridique avec un fait de l'ordre naturel n'est que spécieuse, cependant, et nous n'aurons pas de peine à dissiper l'apparence de nécessité logique dont elle s'entoure. Pour établir la condition dont nous parlons, la jurisprudence ancienne s'est inspirée bien moins de considérations faussement empruntées à l'ordre physique, que des mêmes motifs pratiques que nous avons mis en relief à propos du principe de l'unité d'action. Quoi qu'il en soit, et le droit ancien n'eût-il fait que céder à des préjugés, sous ce rapport, il est bien certain, tout au moins, que l'influence du progrès du commerce juridique et l'extension croissante des relations ont contraint le droit nouveau à admettre qu'il n'y a rien d'absurde à agir dans l'attente ou dans la supposition de la réalisation

future de certaines conditions nécessaires à la validité de l'acte. Examinons, par exemple, les hypothèques du droit nouveau. Les relations romaines avaient poussé jusqu'aux limites les plus extrêmes l'usage du crédit réel; la jurisprudence avait dû les suivre dans cette voie et elle alla jusqu'à admettre que l'on pouvait conclure un acte de constitution d'hypothèque à un moment où faisaient défaut toutes les conditions légales, (créance, objet, propriété du débiteur) que doit réunir l'hypothèque. Qu'était-ce cela, sinon un acte nu, abstrait, une enveloppe vide, un acte juridique *en blanc?*

Si nous comparons la naissance d'un acte juridique qui ne se complète et ne se remplit quant à son contenu qu'après avoir été passé dans la forme, avec celle d'un acte accompli dès le début, nous constatons cette différence que la première se continue pendant tout un laps de temps, tandis que la seconde s'achève en un moment. Les conditions légales du premier acte se réalisent isolées, les unes après les autres, celles du second existent d'emblée, toutes à la fois. Nous rencontrons ainsi une distinction à établir entre la naissance *successive* des actes juridiques et leur naissance *simultanée.*

Une importance majeure s'attache à cette différence. Si l'on permet l'*anticipation* de l'acte juridique, il faut admettre logiquement la possibilité de sa *ratification* ultérieure et celle de sa *validation* rétroactive. Si, en effet, l'on cesse d'exiger que l'acte soit conclu tout entier sur le champ, si la volonté peut anticiper sur l'existence des conditions légales requises pour constituer l'acte, pourquoi ne pourrait-elle pas tout aussi bien se manifester après? Et si l'acte peut être complété par une déclaration expresse de volonté, qu'est-ce donc qui l'empêche de l'être aussi en dehors de toute déclaration de ce genre, et pourquoi ne pourrait-il devenir valable par la seule réalisation subséquente de ses conditions légales? Ces trois notions ont entre elles la plus étroite connexité; elles reposent toutes les trois sur l'idée de la naissance *successive* des actes juridiques.

Le droit ancien n'aurait vu, probablement, qu'une monstruo-

sité dans cette conception. Tout autre était la physionomie de l'acte juridique à cette époque. Un instant décide de son existence, le temps n'a point d'action sur lui; l'avenir ne peut lui communiquer ce qui lui fait défaut, pas plus qu'il ne peut rien lui enlever de ses qualités: il est fixe, il est immuable. Le droit ancien ne connaît à ces principes que deux exceptions: le testament et l'obligation conditionnelle (v. plus loin); leur existence dépend de l'avenir, elle reste indécise, en suspens. Mais voyons d'abord la règle même.

Deux règles dominent toute cette théorie. L'une, *positive*, en vertu de laquelle la validité de l'acte dépend du moment où il se conclut ([219]), l'autre, *négative*, portant que l'acte nul dès le principe ne peut devenir valable par des évènements subséquents ([220]). Voilà ce qu'enseignent les sources. A ces règles générales, elles joignent une série de cas particuliers d'application dans l'étude desquels nous allons entrer.

Capacité personnelle de la personne qui agit, telle est la première condition de la validité de toute action. Le droit nouveau lui-même se tient rigoureusement à cette condition. Presque sans exception, il défend d'y suppléer anticipativement et proscrit la ratification ou la validation rétroactive des actes conclus par les personnes incapables ([221]).

([219]) Pour la stipulation: L. 26 de stip. serv. (**45-3**): EX PRAESENTI *vires accepit*. L. 78 pr. de verb. obl. (**45-1**): *id tempus spectatur, quo contrahimus*. L. 83, § 5. L. 137, § 6 ibid; L. 144, § 1 de reg. jur. (**50-16**); pour les legs la *regula Catoniana* L. 1 pr. de reg. cat. (**34-7**), L. 41, § 2 de leg. I (**30**). Droit nouveau: L. 5 ibid. *reg. cat. ad* NOVAS *leges non pertinet;* pour les dispositions de dernière volonté en général L. 201 de reg. jur. (**50-17**)... *si* INITIUM *sine vitio ceperint*.

([220]) L. 210 de reg. jur. (**50-17**)... *ex post facto convalescere non potest*. L. 41, § 2 de leg. I (**30**).

([221]) Dans les cas où il semble y avoir exception, la ratification ou la validation rétroactive ne fait le plus souvent que recouvrir une répétition de l'acte, sans l'observation des formes ordinaires v. par exemple, L. 1,

Cette condition revêtait une forme particulière dans le testament. En dehors de ceux qui y prenaient part activement : testateur et témoins, la capacité était exigée aussi dans le chef des personnes gratifiées. Elles étaient réputées concourir, au moins d'esprit, à la confection de l'acte. Il en résultait que ces personnes devaient être capables au moment même de la confection du testament et qu'elles ne pouvaient être instituées pour le cas où elles acquerraient ultérieurement cette capacité. C'était pour le même motif que les *postumi* ne pouvaient être institués (222).

La capacité personnelle ne doit exister qu'au moment même de l'action (223). Si elle vient à se perdre ultérieurement, l'*acte* juridique, qui comme tel n'a point de durée, n'en est affecté en rien. Le *rapport* juridique peut en être altéré, mais ce point ne concerne pas notre sujet. Dans les actes dont l'effet est en suspens, la capacité juridique doit subsister sans interruption ; nous verrons plus tard pourquoi.

La deuxième condition de l'acte juridique est la possibilité juridique de son *contenu*. La jurisprudence nouvelle admet souvent comme valables des contrats que l'avenir seul rendra possibles (224), la jurisprudence ancienne n'offre aucun précédent de ce genre.

Une troisième condition de l'acte juridique est l'existence des rapports concrets dont dépend la validité de la disposition, l'existence du droit de propriété, par exemple, lorsqu'il s'agit

---

§ 1 de leg. III (**32**). L. 65, § 1 de r. n. (**23**-2). V. cependant L. 7, § 18 de pact. (**2**-14).

(222) Droit nouveau : Institution des *postumi* et des personnes incapables pour le cas où elles deviendraient capables L. 62 pr. de her. inst. (**28**-5), L. 51 pr. de leg. II (**31**).

(223) L. 2 qui test. (**28**-1)... *ejus temporis, quo testamentum facit.*

(224) Par exemple, L. 61 de cont. emt. (**18**-1), L. 31, L. 98 de verb. obl. (**45**-1), L. 41, § 2 de leg. I (**30**), L. 98 de cond. (**35**-1), v. cependant L. 34, § 2 de cont. emt. (**18**-1), L. 83 § 5 de verb. obl. (**45**-1).

d'une disposition que le propriétaire seul peut valablement faire, de la délation de l'hérédité, lorsque celle-ci doit être acceptée ou répudiée. L'étude qui va suivre nous prouvera que dans cet ordre d'idées, le droit nouveau s'est considérablement écarté des traditions de la théorie ancienne.

L'on ne peut transférer à autrui ce que l'on n'a pas soi-même : le droit ancien en déduit cette conclusion que l'on ne peut transférer une chose *avant* de l'avoir. Le droit nouveau ne s'est pas laissé arrêter par cette prétendue conséquence ([225]).

L'on ne peut renoncer à ce que l'on n'a pas; — en vertu de ce principe, on ne pouvait, d'après le droit ancien, répudier une succession avant qu'elle fût déférée ([226]). Le même principe fut maintenu par le droit nouveau, mais il a disparu du droit romain moderne, en Allemagne, depuis que l'on y a admis les pactes de renonciation à succession connus sous le nom de *Erbverzichte.*

Nul ne peut accepter ce qui ne lui est point offert : donc, dit le droit ancien, on ne peut accepter une succession avant qu'elle soit déférée. Le droit nouveau se départit de cette règle dans la *Bonorum possessio* en permettant d'en faire l'*agnitio* d'avance *(intra alienam vicem)* avant que l'intéressé fût appelé.

Certaines dispositions, pour pouvoir être valablement faites, supposent un droit de propriété; par exemple, l'affranchissement de l'esclave ([227]), le legs *per vindicationem* ([228]), aussi le

---

([225]) L. 4, § 6 de off. proc. (**1**-16) .. *est enim perquam absurdum, antequam ipse jurisdictionem nanciscatur... alii eam mandare, quam non habet,* cependant le juriste autorise le transfert éventuel de la juridiction. Autres exemples : l'hypothèque de choses futures, la cession de créances à terme (L. 43 mand. **17**-1) et conditionnelles (L. 73, § 1 ad leg. Falc. **35**-2).

([226]) L. 18 de acq. her. (**29**-2). *Is potest repudiare, qui et acquirere potest.* D'une manière plus générale : L. 174, § 1 de reg. jur (**50-17**) : *quod quis, si velit, habere non potest, id repudiare non potest.*

([227]) L. 20 qui man. (**40**-9); convalescence d'après le droit nouveau dans le cas de la L. 20, § 1 de cond. inst. (**28**-7).

([228]) Pour les choses fongibles il suffisait que le testateur en fût proprié-

droit ancien exige-t-il l'existence de ce droit dans le chef de leur auteur au moment même où il les accomplit. Il en doit avoir été de même pour l'obligation, dans les cas où son existence suppose un autre acte juridique, par exemple, dans la novation, le cautionnement. Le droit nouveau voit les choses d'un autre œil; il permet sans difficulté la novation, la délégation, l'acceptilation d'une dette conditionnelle ainsi que le cautionnement d'une dette future (229). Pareil cautionnement eût heurté toutes les idées du droit ancien (230). Il ne voyait, en effet, dans le cautionnement que l'accessoire de la dette principale (231); or il était complètement contraire à l'esprit du droit ancien que l'accessoire pût jamais précéder la chose principale (232).

Tout acte juridique doit aussi indiquer le contenu concret de la volonté qui y est exprimée, c'est-à-dire, son objet, la somme, le droit dont il s'agit, la personne cocontractante. Dans le droit nouveau, ces éléments peuvent rester indéterminés, (les personnes mêmes peuvent l'être dans le droit actuel). Le testateur peut léguer : « autant que le légataire peut recevoir

---

taire au moment de sa mort; pour les choses non fongibles il devait l'être depuis le moment de la confection du testament. Gaius, II, 196.

(229) Novation L. 8, § 1 de novat. (**46**-2), v. cependant L. 41 de cond. (**35**-1), délégation L. 8, § 2 ibid., acceptilation L. 12 de acc. (**46**-4), cautionnement en forme de *fidejussio* § 3 Inst. de fide juss. (**3**-20), L. 6, § 2 de fidej. (**46**-1), constitut L. 19 pr. de pec. const. (**13**-5).

(230) Schrader, sur § 3 Inst. cit. admet aussi que le cautionnement d'une dette future n'était pas possible en forme de *sponsio* et de *fidepromissio*.

(231) Gaius, III, 19 *accedere*.

(232) Nous en rencontrons la preuve dans la règle que le père de famille ne peut faire une substitution pupillaire qu'*après* avoir fait son propre testament, à lui. Celui ci est le *principale*, l'autre la *sequela*, les secundae *tabulae* L. 2, § 2 de vulg. subst. (**28**-6), § 5 Inst. de pup. subst. (**2**-16). Or, il ne peut : *convertere ordinem scripturae* L. 2, § 4. V. aussi III, 303.

selon les lois » ([233]). On peut promettre : « autant que le jugement allouera, autant qu'un autre devra » ([234]). L'*adrogator* d'un impubère doit promettre de restituer la succession de ce dernier, au cas où il mourrait impubère, à ceux qui lui auraient succédé, si l'adrogation n'avait pas eu lieu ([235]). En un mot, le droit romain nouveau a largement admis l'application de l'acte juridique à des personnes et à des rapports indéterminés. Inutile de dire que le droit ancien repoussait et devait repousser absolument cette idée ([236]). L'adopter d'emblée, la jurisprudence n'eût pu le faire sans danger sérieux pour l'ordre et la fixité du droit. Avant d'accueillir pareil principe, avant de pouvoir abandonner cette rigueur des formes, cette inflexibilité dans les principes, grâce auxquelles les anciens juristes avaient pu dominer la technique du droit et la diriger à leur gré, la science avait à entrer en pleine possession de tout l'ensemble des procédés de l'art juridique. Il n'y a pas à se le dissimuler, cette souplesse de formes de l'acte juridique, habile à se plier à toutes les convenances, offrait un grand danger. Dans cet ordre d'idées aussi, l'extrême liberté pouvait conduire à la licence sans frein, à l'anarchie. Et ce fut grâce à la perspicacité et au sentiment juste des choses, dont elle nous a déjà donné tant de preuves, que la jurisprudence ancienne préféra la sûreté du droit à une facilité dangereuse qui pouvait devenir l'écueil des principes.

Était-ce, d'ailleurs, mettre un prix trop élevé au maintien des principes? Les formes rigoureuses imposées à l'acte juri-

([233]) L. 51 pr. de leg. II (**31**).

([234]) L. 9 jud. solv. (**46**-7), L. 55 de fidejuss. (**46**-1), L. 89 de verb. obl. (**45**-1), L. 8 § 2 de novat. (**46**-2).

([235]) Sur l'artifice que les juristes employaient à cet effet, savoir sur la représentation des intérêts futurs par le *servus publicus*, v. § 66.

([236]) Exemples de la manière contraire : L. 20 pr. de test. tut. (**26**-2), L. 6, § 1 quod cuj. (**3**-4). Cf. L. 3 de procur. (**3**-3). Il est impossible à mon avis que le *cognitor* pût originairement être nommé d'une manière indéterminée et générale. (KELLER, civilpr. § 52).

dique étaient-elles trop étroites? Apportaient-elles obstacle au libre développement du commerce juridique? C'est ce dont nous allons nous rendre compte.

Quelque médiocre et peu avancé que soit le développement des relations juridiques, jamais elles ne se limitent aux seuls rapports du présent. Les plus simples besoins dirigent les regards de l'homme vers l'avenir. Assurer à l'homme des formes qui garantissent l'avenir des intérêts qu'il poursuit est une obligation pour le droit. Si la maison que je veux construire ne saurait exister sans jouir d'une servitude, devrai-je attendre pour obtenir celle-ci, que la maison soit bâtie? Si j'ai besoin d'une demeure dans six mois, attendrai-je que ce délai soit expiré pour conclure le contrat de louage? Le *dies ex quo* s'impose donc comme une nécessité au commerce juridique. Il ne suffit point cependant. L'opportunité et la nécessité des dispositions que l'on peut désirer prendre en vue de l'avenir, dépendent souvent de circonstances dont l'avenir seul décidera, et bien souvent il faudrait renoncer à ces dispositions si on ne pouvait les faire que purement et simplement. De là la nécessité de la *condition*. Elle seule donne sa conclusion pratique complète à l'idée de l'empire du droit sur l'avenir. Elle permet d'attirer dans le cercle de nos opérations des combinaisons, des calculs, des expectatives, le simple *possible*, en un mot, avec la même sûreté que s'il était déjà la *réalité*. Elle affranchit des liens du présent. Elle nous permet de soumettre l'avenir à notre empire sans être nous-mêmes soumis à sa tyrannie (257).

(257) Avec leur tact habituel, les juristes romains ont exactement saisi cette conception de la condition. En effet, dans la définition qu'ils donnent de la condition ils accueillent l'élément de l'avenir. Ils désignent comme le criterium de la véritable condition l'état d'indécision objective ou de suspension. Pour eux l'acte conditionnel est l'acte qui *devient*, mais qui déjà porte en lui-même, au complet, les conditions assignées *par la loi* à sa réalisation, et ne doit plus surmonter qu'un élément étranger à sa légalité abstraite, mais essentiel cependant pour sa réalisation concrète.

L'obligation conditionnelle et à terme, telle est la forme exclusive dans laquelle le droit ancien circonscrit cette idée de la libre disposition pour l'avenir quand il s'agit des relations entre vifs. Quant au testament, il l'y réalise d'une part en admettant le principe de sa libre révocabilité, d'autre part en permettant d'y ajouter le *dies* et la *conditio*.

Tous les actes juridiques entre vifs sont limités au présent. L'obligation seule est exceptée. La même règle, qui fut établie d'abord pour les formules d'actions de la procédure ancienne et l'*in jure cessio*, et en vertu de laquelle elles ne pouvaient concerner que le présent (238), s'applique aussi aux formules des actes. Donc exclusion du *dies* et de la *conditio*.

La *condition suspensive* est la seule espèce de condition que connaisse le droit ancien, la condition résolutoire est d'origine toute récente (239). Il restreint la première exclusivement à l'obligation (240). Lorsque le dessein de conclure un acte est

Ce point de vue si simple et si grand cependant, si profond et si vrai, a été jusqu'ici complètement négligé par notre jurisprudence ; cela ne lui fait guère honneur. Elle a préféré s'évertuer à bâtir mille commentaires scolastiques, stériles à mon avis, sur le mécanisme logique de la condition, et avec une patience de fourmi elle n'a cessé de fouiller tout le détail de la théorie des conditions. A mon avis, la conception que je viens d'indiquer renferme le but entier et l'essence pratique, en même temps, des conditions. Elle a été adoptée récemment par Scheurl, *Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei den Bedingungen*. Erlangen, 1871, p. 4.

(238) Vat. fr. § 49 *nulla legis actio prodita est de futuro*.

(239) Elle heurte notamment le principe de la *simplicité* de l'acte juridique (p. 136), car dans son état originaire elle n'était qu'une *obligation accessoire* ajoutée à l'*acte principal*, obligation tendant à la restitution, sous une condition suspensive : son examen tombe donc dans le troisième système. V. Jahrbücher, T. 10, p. 527 s.

(240) Les Vat. fr. § 329 mentionnent comme cas d'impossibilité de l'addition d'une condition : l'établissement d'un *cognitor*, la *mancipatio*, l'*acceptilatio* (L. 4 de accept. 46-4) et l'*expensilatio*; la L. 77 de reg. jur.

suspendu par suite de certaines circonstances qui ne doivent se réaliser que dans l'avenir, le droit ne permet au commerce juridique que de conclure cet acte par anticipation sous la forme de *promesse conditionnelle*. Nous pouvons résumer cette théorie en disant que pour tous les actes, le droit ancien proclame le principe de la *maturité*. Mûrs, ils doivent l'être au moment de leur conclusion et quant à leurs conditions légales et quant à la volonté de les conclure. Si cette dernière est encore en suspens, il faut attendre; l'acte ne peut se conclure que provisoirement et dans la forme spéciale créée à cet effet, l'obligation.

Mais pour certains actes, il n'est pas même possible d'agir ainsi; ils ne peuvent être conclus par anticipation, ni directement ni indirectement. Tels sont en particulier tous les actes qui touchent au droit de la famille. D'après la conception romaine, on ne peut d'avance s'obliger à contracter mariage (les fiançailles sont juridiquement non obligatoires), ni à le dissoudre. Même principe pour l'émancipation, pour l'adoption et pour l'arrogation. Tous ces actes n'ont de valeur en droit que si, au moment de leur conclusion, ils ont été librement voulus. Le droit romain décide de même quant à la confection du testament et quant à l'adition de l'hérédité (II, 221). Il en résulte que la faculté de recourir à l'obligation (avec ou sans addition de *dies* et de *conditio*), comme moyen d'assurer

---

(**50**-17) y ajoute: l'*hereditatis aditio*, la *servi optio* et la *datio tutoris* (L. 6, § 1 de tut. **26**-1) et L. 8 de auct. (**26**-8), la *tutoris auctoritas*. Sur l'*in jure cessio* v. note 237; la *manumissio vindicta* ne doit pas même être mentionnée. AD. SCHMIDT (BEKKER, Jahrbuch III, p. 263) soutient que les servitudes personnelles pouvaient être établies sous condition d'après le *jus civile;* mais les textes qu'il invoque n'en fournissent aucune preuve. En effet, ils ne parlent les uns que du *dies ad quem*, les autres que de la *deductio servitutis;* on ne peut conclure de là au *dies ex quo* ni à la condition, ainsi que le prouve la comparaison des Vat. fr. §. 49 et 50.

la conclusion future des actes, se restreint uniquement aux relations d'intérêts matériels entre vifs.

Il serait difficile de contester la justesse de cette manière de voir de la jurisprudence ancienne. Il y aurait certainement avantage à ce que le droit futur pût être garanti à l'intéressé plutôt d'une manière réelle, qu'à titre d'obligation, ou en d'autres termes, que ce droit lui incombât de lui-même au seul avènement du terme ou de la condition. C'est en effet ce que réalisa le droit nouveau en permettant la tradition conditionnelle de la propriété et en autorisant l'hypothèque des choses futures. Dans la première de ces innovations, cependant, le rapport conserve encore ses racines dans le présent, grâce aux deux conditions réputées nécessaires : un droit de propriété *actuellement* existant, et un acte *extérieur* de transfert de la possession. Mais dans la seconde innovation, le droit nouveau s'est embarqué sans guide et sans boussole sur une mer inconnue. D'après l'idée juridique pure, cette dernière forme serait cependant la plus parfaite, mais au point de vue économique et législatif, sa valeur soulève des doutes sérieux. Nos lois hypothécaires modernes s'en sont pour la plupart écartées; elles ont admis le principe de la spécialité des hypothèques; cela tend à prouver que l'innovation du droit romain nouveau nuisait aux véritables intérêts du commerce juridique, plutôt qu'elle ne leur était utile. Le principe de la liberté ne la réclame nullement du reste (II, 222). N'est-ce pas, en effet, une injustifiable prétention que le droit garantisse à des rapports qui ne concernent que l'avenir une sûreté égale à celle dont jouissent des rapports actuellement nés? Comment pourrait-on s'autoriser à créer des liens juridiques, non point pour la personne du promettant lui-même, mais pour des rapports futurs, avant même qu'ils ne soient nés? Je ne crois donc pouvoir mieux me résumer qu'en disant que la jurisprudence ancienne est absolument restée dans le vrai en restreignant les dispositions sur des rapports futurs à la forme de l'obligation conditionnelle et à terme.

Au point de vue de la technique, l'obligation conditionnelle présente un intérêt particulier. Elle nous offre un spectacle unique dans le droit ancien, celui de la naissance *successive* de l'acte juridique. En effet, tandis que l'obligation à terme naît instantanément, le terme ne faisant que reculer le jour de son *accomplissement* (v. plus bas), l'obligation conditionnelle se trouve jusqu'à l'avènement de la condition dans un état de *formation*, de *devenir*. Le droit protège cet état (je pourrais presque le comparer sous ce rapport à celui de l'enfant conçu); il défend tout trouble qui pourrait entraver le cours paisible de son développement (241). La naissance de l'enfant, peut-on dire, dure depuis sa conception jusqu'à sa mise au monde : de même la naissance de l'acte juridique conditionnel s'écoule depuis sa formation jusqu'à l'avènement de la condition. Cette naissance remplit, non un moment, mais tout un intervalle de temps. Il est donc logique, de la part des juristes romains, d'exiger que les conditions nécessaires (242) pour que l'acte puisse venir à vie subsistent depuis le début jusqu'à la fin. Nous allons à l'instant voir l'application d'une règle analogue au testament. Si la période de naissance du droit se continue jusqu'à l'avènement de la condition, la logique défend, il est vrai, de faire dater ce droit d'un moment antérieur; mais rien n'empêche d'appliquer la règle commandée par des motifs pratiques, que l'acte juridique a fondé la base du droit et que même avant sa naissance il s'est trouvé dans l'état de *devenir* (243). Les expressions et les décisions des juristes

(241) C'est la règle connue de la L. 161 de reg. jur. (**50-17**). V. *Ihering* Ueber die passiven Wirkungen... Jährbucher, X, p. 462 ss.

(242) Par exemple, l'existence de la chose vendue. Sa perte dissout le contrat, L. 8 p. de peric. (**18**-6). Au contraire le changement de volonté de celui qui agit est sans influence, car la volonté s'est épuisée au moment de la conclusion de l'acte.

(243) V. par exemple, les cas suivants : 1) la condition ne s'accomplit

romains auxquelles on a emprunté l'idée artificielle de l'effet rétroactif de la condition n'ont point d'autre sens ([244]).

Les dispositions de dernière volonté, bien plus encore que les actes entre vifs, doivent pouvoir régir l'avenir. Ces derniers, en effet, embrassent simultanément et le présent et l'avenir. Les premières ne concernent que l'avenir exclusivement, elles ne régissent que le temps après la mort du testateur. Aussi le testament est-il toujours et nécessairement un acte flottant, incertain, ce que l'obligation ne peut être que lorsqu'elle est affectée d'une condition. Pour permettre au testament de régir l'avenir avec une liberté complète, on lui a précisément attribué une qualité qui, reconnue à l'acte entre vifs, l'empêcherait absolument d'être : une absolue révocabilité. Celle-ci rend le testateur maître de cette portion d'avenir pendant laquelle lui-même vit encore; la condition et le terme lui assurent son empire sur le temps après sa mort. Pour le moment nous n'avons aucun intérêt à étudier les limites de ce dernier pouvoir.

Suspendu dans son entier, comme dans chacune de ses dispositions isolées jusqu'à leur réalisation, le testament est soumis

---

qu'après la mort de celui qui a promis ou après la mort de celui à qui l'on a promis — sans ce point de vue on aurait pu non seulement mettre en doute la naissance de l'obligation (arg. L. 1, Cod. ut actiones [**4-11**]... *ab heredibus non incipere actiones*), mais la dette même n'aurait pas appartenu à la masse héréditaire, 2) la condition ne s'accomplit qu'après que le fils ou l'esclave qui se sont fait promettre sous condition, sont libérés de la puissance L. 18 de reg. jur. (**50-17**), L. 78 pr. de verb. obl. (**45-1**), L. 40 de stip. serv. (**45-3**); sans ce point de vue ils auraient pu eux-mêmes prétendre à l'acquisition, tandis qu'il est hors de doute qu'on devait adjuger au père ou au maître ; 3) la condition ne s'accomplit qu'après que le promettant ou celui à qui l'on a promis est sorti du rapport de société (L. 27 pro soc. (**17-2**); sans ce point de vue la créance ou la dette lui aurait incombé personnellement.

([244]) IHERING, Abhandlungen, p. 402 et 528.

aux mêmes lois que l'obligation. Les conditions de validité qui ne s'épuisent pas avec l'acte de la confection du testament (capacité des témoins appelés, pouvoir de fait chez le testateur de manifester sa volonté) mais qui se trouvent dans un rapport permanent avec le but du testament (*testamentifactio* du testateur et des personnes instituées) doivent aussi continuer après. Celles relatives au testateur doivent continuer sans interruption jusqu'à sa mort. Le testament, en effet, ne représente pas un simple acte de volonté, il est un vouloir permanent. Or, ce vouloir vient à cesser non-seulement lorsque l'intention en est manifestée dans la forme voulue, mais encore lorsque le testateur perd la *capacité juridique* de vouloir *(testamentifactio)* (245). La *testamentifactio* des personnes gratifiées est autrement déterminée, mais autre aussi est leur position quant au testament. Leur capacité est exigée d'abord au moment où le testateur entre en rapport avec elles, c'est-à-dire au moment de la confection du testament. Mais depuis cet instant jusqu'à celui de la délation, cesse leur rapport avec le testament, un défaut momentané de la *testamentifactio* pendant ce temps est donc sans influence sur l'issue du testament (246). Leur capacité doit de nouveau exister lors de la délation et doit naturellement perdurer jusqu'au moment de l'acquisition de l'hérédité (247).

Les deux rapports que nous venons d'analyser, l'obligation conditionnelle et le testament nous ont montré que le droit ancien lui même a admis par exception la naissance successive du rapport juridique. Dans ces cas il y avait évidemment impossibilité pour le juge de pouvoir apprécier la question de la validité du rapport en ne tenant compte que de l'instant fugitif où l'acte a été fait. Pour décider ce point le juge devait

(245) § 1, 6. Inst. quid. mod. (**2**-17), L. 6, § 5 de inj. (**28**-3).

(246) L. 59, § 4 de her. inst. (**28**-5), § 4 Inst. de her. qual. (**2**-19), L. 52 de leg. II (**31**).

(247) § 4 Inst. cit.

prendre en considération tout l'intervalle de temps qui avait servi à la formation du rapport juridique. Ces deux cas, cependant, ne sauraient porter aucune atteinte à notre théorie sur l'importance du *moment* de temps dans le droit ancien (p. 22). Citons à ce propos deux particularités. Si l'une ne fait qu'effleurer le domaine de l'acte juridique, l'autre y appartient toute entière. Lorsque le testateur souffre une *capitis deminutio*, mais qu'il récupère ensuite l'état juridique ainsi perdu, le testament n'en reste pas moins nul *(irritum)* d'après le droit civil; il en est de même lorsqu'il lui naît un enfant dont il n'était pas fait mention dans son testament, mais qui meurt avant lui *(testamentum ruptum)*. Dans les deux cas — et ceci montre une fois de plus la différence de l'ancien et du nouveau droit — dans ces deux cas, le droit prétorien maintient le testament au moyen de la *bonorum possessio secundum tabutas*. Le véritable motif de la différence gît dans la distinction que nous avons indiquée. Le droit civil ancien apprécie les circonstances nouvelles dont nous venons de parler, en se plaçant uniquement au moment de leur réalisation, sans s'inquiéter autrement de ce qui peut arriver après (248). Le droit prétorien, au contraire, suit le testateur jusqu'à l'instant de sa mort. L'usucapion nous fournit un second exemple. Le droit romain n'exige la *bona fides* qu'au moment où l'usucapion commence *(in initio)*, le droit canonique l'exige pendant toute sa durée *(bona fides continua)*. L'influence de l'interruption de la possession, d'après le droit romain, ne dépend point de sa durée, il est indifférent que l'interruption soit passagère ou permanente; les législations nouvelles, au contraire, font entièrement dépendre l'influence de l'interruption de sa durée. (III. p. 118, note 124.)

---

(248) ULPIEN (L. 12 pr. de inj. [28-3]) voit en cela une : *juris scrupulositas nimiaque subtilitas*.

3. *Simultanéité des effets de l'acte juridique.*

Lorsque les conditions légales de l'acte juridique sont réunies, l'acte *existe,* il se manifeste par ses *effets.* Il est donc logiquement impossible que l'existence de l'acte ou que ses effets soient suspendus. L'intéressé peut bien, il est vrai, renoncer à l'*exercice* du droit qu'il a obtenu, il peut, par exemple, laisser provisoirement dans la *possession* de son contractant la chose dont il a obtenu la *propriété* par mancipation ou par tradition. Mais aucune convention ne peut empêcher que la propriété ne passe sur sa tête : la volonté ne peut se démentir. Si cependant l'on poursuit ce résultat, si deux parties doivent avoir successivement la propriété, l'une avant, l'autre après, à des moments déterminés, elles n'ont pour traduire leur convention que la forme de l'obligation. D'après le droit romain ancien, une propriété établie *ex die,* passant successivement à plusieurs personnes d'après un mode réglé d'avance, était une impossibilité (249).

Vraie pour la propriété, cette règle se présente avec le même caractère de vérité pour toutes les notions du droit. Il ne peut exister de vide, d'intervalle entre l'acte juridique et la naissance du droit, pas plus qu'on ne peut disjoindre la cause et ses effets, pas plus qu'on ne peut concevoir une naissance où la vie ne commencerait qu'au bout d'un certain temps. Dans tous les actes entre vifs (250), il est donc impossible d'ajourner l'existence

(249) Sur le progrès que le droit actuel, et en partie déjà, le droit romain nouveau ont fait sous ce rapport v. Ihering, Abhandlungen, p. 509 s.

(250) Paul le reconnaît pour l'usufruit Vat. fr. § 49; la L. 4 de usufr. (7-1) du même jurisconsulte ne peut donc dire le contraire. Mais le juge pouvait en statuant sur l'action en partage, établir comme le testateur un usufruit *ex die,* L. 16, § 2 fam. erc. (10-2), mais non un tuteur *ex die;* comp. L. 77 de reg. jur. (50-17) et § 3 Inst. qui test. (1-14).

du droit *(dies ex quo)* (251). Il n'y a pas d'exception, même pour l'obligation. Elle *naît* instantanément, comme on l'a vu, même lorsqu'un délai a reculé son accomplissement (252).

Seul, le testament s'écarte de ce principe, grâce à cette considération qu'il a pour domaine l'avenir. Le testateur peut reculer à tel terme qu'il lui plaît, sinon le commencement de l'institution d'héritier, du moins l'époque de la jouissance du legs.

Ainsi tombent sous la loi de la concentration les *effets* mêmes de l'acte juridique. Ils sont régis par le même précepte de simultanéité que les conditions de la validité de l'acte. L'action extérieure, les conditions légales, l'existence et les effets de l'acte, tous les éléments, en un mot, qui le composent, se concentrent en un seul et même foyer. L'acte juridique est un tout unique et indivisible.

La règle du droit ancien sur l'*inadmissibilité de la représentation* se trouve en harmonie parfaite avec cette indivisibilité de l'acte juridique (253). Au fond, le principe de la représentation n'est autre chose que la séparation de la cause et de l'effet de l'acte; la cause : l'action concerne la personne du représentant, l'effet : le droit concerne le représenté. Il y a donc là une séparation artificielle de ce qui dans l'état naturel du rapport est un (254). Ne cherchons pas, au surplus, le motif de

(251) L'inadmissibilité du *dies ad quem* n'a rien de commun, à mon avis, avec la théorie des actes juridiques, elle ne peut être expliquée d'une manière satisfaisante que par la théorie des droits.

(252) L. 46 pr. de verb. obl. (**45-1**)... *praesens obligatio est, in diem autem dilata solutio.*

(253) La décision de la L. 123 p. de reg. jur. (**50-17**) : *nemo alieno nomine* LEGE AGERE *potest* était vraie aussi pour les actes ; sous ce rapport encore se reproduisait l'égalité de la structure de la procédure et de l'acte juridique.

(254) Cette idée de l'unité nécessaire de la cause et de l'effet dans la même personne est également contenue dans la L. 11 de obl. et act. (**44-7**) : *quaecunque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt*

l'exclusion de la représentation dans une raison technique ou de pure forme. Mais remarquons toutefois que ce fragment de la théorie de l'acte juridique ancien vient confirmer la vérité de tout ce que nous avons vu jusqu'ici.

La règle que l'acte juridique doit produire ses effets dans la personne de son auteur, s'applique aussi au rapport du testateur avec l'héritier. Les obligations testamentaires que le testateur impose à l'héritier, ne naissent que dans la personne de ce dernier; au contraire, les obligations et créances établies entre vifs doivent prendre leur origine dans la personne du testateur; il ne peut donc les créer pour ne valoir qu'après sa mort [255].

Nous avons atteint le but. Les explications qui précèdent nous ont fourni tous les traits disséminés dans les sources, qui nous ont permis de tracer l'image de l'acte juridique ancien. De cet ensemble tirons nos conclusions. L'acte juridique, comme tout ce que la jurisprudence ancienne a formé, porte en lui le caractère d'une individualité fortement marquée. L'acte romain antique diffère complètement des actes actuels. Sommes de volonté sans formes, soudées ensemble par le bon plaisir souverain des parties et auxquelles il faut tout l'art du juge pour les décomposer et en séparer les parties constituantes, les actes actuels ne sont pour la plupart que des mélanges confus des notions les plus diverses. Ventes, louage, propriété, servitudes, hypothèques, renonciations, etc., s'y entrecroisent. Les actes romains, au contraire, sont des *individualités* comme les

---

(cause) *nisi ex nostra persona obligationis initium sumant* (effet) *inanem actum nostrum efficiunt.*

[255] Gaius, III, 100... *inelegans visum est, ex heredis persona incipere obligationem.* L. 36, § 1 ad leg. Aq. (9-2). Cette règle fut plus tard éludée au moyen de *pactum de non petendo in personam* et de l'*exceptio* qui en résultait (L. 33 de pact. 2-14, L. 10 de pact. dot. 23-4), et Justinien l'abolit dans la L. 1, Cod. ut actiones (4-11). Nous n'en parlerons pas ici.

actions anciennes, à l'*extérieur* et à l'*intérieur*. Ils sont exactement limités quant au contenu qu'ils peuvent accueillir, et inhabiles à recevoir autre chose. Prêts et parfaits depuis la première heure de leur existence, ils défient le passé et l'avenir. Le passé n'a plus d'influence sur eux, car ils répudient à jamais tout ce qui s'y rattache, grâce à la différence établie par ces formes entre l'acte même et les négociations préliminaires. L'avenir, non plus, ne peut les atteindre, car dès le moment de leur apparition, ils se fixent aussitôt dans toutes leurs parties et deviennent invariables. Ils repoussent toute addition ultérieure, ne souffrent ni indécision ni indétermination. Ils éliminent toute question dont l'avenir seul pourrait amener la solution; ils résistent à toute suspension de leurs effets, ils se dressent entiers, absolus, sur le terrain sûr et solide du présent; leur force éclate sur le champ.

Telle est la structure, la physionomie de l'acte juridique ancien. Comme l'*actio* antique, dont il est le digne pendant, il mérite d'être appelé une individualité, une forme plastique. La discipline juridique les enveloppe l'un et l'autre de sa cuirasse d'airain. Je crois pouvoir me dispenser d'examiner si cette discipline a été dans l'acte juridique soumise par la vie à des épreuves plus rudes, si les formes sévères et les voies étroites dans lesquelles elle contraignit le commerce juridique à se mouvoir furent plus fâcheuses pour le libre développement de celui-ci que ne le furent les institutions correspondantes de la procédure. (III. 105. 187.)

C. *L'analyse abstraite.*

1. *Principe de la simplicité élémentaire des corps juridiques.*

Différence du droit ancien et nouveau. — Corps composés et simples. — Mesure de la simplicité. — Formation juridique de l'élément d'obligation dans des rapports non obligatoires (composition analytique de l'ancienne *rei vindicatio*). — Examen des droits au point de vue analytique. — Idée du caractère unilatéral des rapports juridiques.

Nihil admixtum, nihil concretum, nihil copulatum, nihil coagmentatum, nihil duplex.
Cic. Tusc. disp. I, c. 29.

64. L'analyse *concrète* dont nous nous sommes occupés jusqu'ici, avait pour objet les *rapports* juridiques; elle nous a montré comment l'idée d'analyse se réalisait dans leur établissement et leur exercice judiciaire, c'est-à-dire dans le mécanisme de l'acte juridique et de la procédure. L'étude suivante s'occupera des *principes* du droit; elle recherchera quelle part l'idée d'analyse prit à la formation du droit *abstrait*, à la configuration et à la structure des principes du fond du droit. Logiquement il eût fallu commencer par là, semble-t-il : avant de pouvoir les appliquer, il faut que les principes existent. Mais ce n'est là une vérité que dans le domaine de l'idée; dans l'ordre des faits, les principes du droit et les formes de leur application, le fond du droit, la procédure et l'acte juridique ne se forment pas successivement, ils naissent ensemble comme les diverses parties du corps humain. La cause qui nous imposa cet ordre, est connexe au rapport particulier qui existe dans la période d'enfance du droit entre le fond du droit et la procédure (p. 16 s.). Dans la période abstraite du droit, où nous nous trouvons

aujourd'hui, les principes du fond du droit sont jusqu'à un certain point traités à un point de vue purement théorique; trop souvent la procédure et le fond du droit semblent étrangers l'un à l'autre. Dans la phase primitive du développement du droit, au contraire, ils sont si intimement unis et fondus ensemble que la plupart des principes du fond du droit n'existent en quelque sorte que comme principes de procédure : la créance comme *actio in personam*, le *nexum* comme *manus injectio*, certains autres droits comme *pignoris capio*, etc. Il fallait donc bien commencer par les observer sous leur premier aspect. Toujours, plus on pénètre au fond des choses, plus les difficultés augmentent. Dans la procédure, dans l'acte juridique l'idée d'analyse se manifeste encore à la surface; mécanisme tout extérieur, on la perçoit à l'œil nu. Elle se cache davantage, au contraire, dans le fond du droit; pour y découvrir son action, il faut tout l'art d'un œil exercé et toute l'application d'une pensée déjà riche d'expérience. J'ajouterai même qu'elle se meut moins à l'aise dans ce côté interne du droit. Le mécanisme de la procédure et de l'acte juridique ne s'applique qu'à la forme, une idée qui n'a en vue que la forme, comme l'analyse, s'y exerce sans obstacle. Mais dès qu'il s'agit du fond du droit, ce n'est plus l'idée d'analyse seule qui est maîtresse du terrain; d'autres idées viennent s'adjoindre et viennent exercer leur influence. L'idée de l'analyse épuisait donc à elle seule l'intérêt juridique spécique que présentaient la procédure et l'acte juridique, sauf ce que nous en avons dit en étudiant le formalisme (§ 50-57), et nous n'avons plus à revenir dans ce système. Il en est tout autrement des principes du fond du droit. Nous aurons à reprendre en détail le rôle qu'y joue l'idée de l'analyse (dans la théorie des droits) et l'on pourra juger de l'abondance des richesses scientifiques que récèlent ces principes.

Mais l'idée d'analyse peut elle réellement revendiquer une part dans la formation des principes? Qu'a-t-elle de commun avec la propriété, la puissance paternelle, le droit héréditaire? La vie plaçait ces principes tout faits dans les mains de la

jurisprudence ; qu'y aurait-elle encore pu trouver à analyser? Formuler en principes les faits réels et les relations nées des usages et des affaires, voilà, semble-t-il, à quoi devait se borner sa mission. A tout prendre, ce serait encore là de l'analyse ; tout principe peut s'appeler un produit analytique : car comment les principes se forment-ils? N'est-ce pas l'esprit, la pensée qui saisit successivement dans la substance intellectuelle jusqu'au moindre atome, qui le détermine et qui l'élève à l'état d'être logique individuel et vivant de sa vie propre? Mais telle n'est point l'analyse dont nous voulons parler ici. Entendue dans ce sens, elle constitue la pensée même, elle est une opération logique générale, elle n'est plus une opération juridique spécifique.

Le doute que nous avons soulevé ci-dessus procède d'une considération qui n'a jamais été scientifiquement motivée, ni mise en question, ni même simplement exprimée. Tacitement, cependant, elle est partout acceptée comme un axiome. Les principes du droit, semble-t-on croire, sont pour notre science non pas des productions de l'art, mais des produits de la nature, ce sont des faits acquis de la vie juridique qui n'ont été combinés que pour leur donner un aspect un et une expression claire. C'est là, à mon avis, une profonde erreur. Je ne veux point anticiper sur les explications que j'ai à donner en ce qui concerne la théorie des droits (II partie, titre I), mais, me bornant à ce seul point de vue de l'analyse dont je m'occupe en ce moment, il me sera facile de prouver que les principes du droit ancien ne se bornaient pas à être l'expression pure et simple des rapports qui existaient en réalité dans la vie, mais qu'ils devaient à l'analyse une certaine forme spécifiquement juridique, que la pensée naïve de l'homme étranger à la science du droit aurait été impuissante à leur conférer. Leur structure, c'est-à-dire leur détermination, leur configuration, leur individualité, ils ne la doivent ni aux motifs réels de la vie, ni à ses buts, ni à ses impulsions ; l'*art* seul les a créés tels.

L'art s'est manifesté d'une double manière dans la formation

analytique des principes du droit; deux lois l'ont guidé dans cette voie: l'une, *la loi de la simplicité élémentaire des corps juridiques;* l'autre *la loi de la simplification analytique des conditions légales.* Ces deux lois présentent tout d'abord tous les caractères de véritables idées juridiques; ce sont les fruits de la réflexion. Remontant toutes deux à une époque où il n'était pas encore question d'une jurisprudence dans le sens que ce mot acquit plus tard, elles appartiennent à la plus haute antiquité de la jurisprudence romaine. Elle se conservèrent, il est vrai, jusque dans l'époque postérieure grâce aux conséquences qu'elles avaient engendrées, grâce aux institutions dans lesquelles elles avaient été fixées. Mais elles cessèrent d'être des principes producteurs. Les créations qui appartiennent d'une manière certaine au droit nouveau respirent un autre caractère; le style en est tout autre. J'attribue donc ces deux lois au droit ancien; l'honneur de les avoir inventées lui revient tout entier et je n'y reviendrai plus dans le troisième système.

Examinons maintenant la première de ces lois, celle de la simplicité élémentaire des corps juridiques. Elle n'affecte que la structure de ces notions juridiques que j'ai nommées (III, 36) *indépendantes* ou *concrètes*, c'est-à-dire de ces notions qui peuvent se réaliser spontanément, et former toutes seules des rapports juridiques concrets, comme par exemple l'obligation, la propriété, à la différence des notions *abstraites,* lesquelles ne se réalisent point par elles-mêmes et sont toujours unies à d'autres notions. Lorsque l'on compare celles de ces notions qui doivent leur origine au droit nouveau avec celles du droit ancien, on constate un fait étrange : Les notions du droit nouveau sont toutes, ou presque toutes, formées de la combinaison de deux principes systématiquement différents. Celles du droit ancien ne présentent aucun exemple du même phénomène. Au contraire, chaque fois, que les conditions naturelles du rapport

juridique qu'elles renferment sembleraient exiger une pareille combinaison, elles savent si bien s'y soustraire qu'il ne peut y avoir le moindre doute sur la portée intentionnelle et sur le motif de cette configuration particulière.

Le tableau suivant (256) montrera clairement la vérité de notre première assertion.

Voici les combinaisons de principes que nous offre le droit romain nouveau :

Principes.		Résultat de la combinaison.
1. Propriété et	Obligation.	Superficie, emphytéose (257), servitudes sur le sol provincial (258).
2. — —	Mariage.	Communauté conjugale.
3. Propriété foncière.	Pouvoir sur la personne.	Colonat.
4. Possession.	Obligation.	Combinaison d'une obligation avec la possession d'une chose (259).
5. *Jus in re.*	Puissance paternelle.	Usufruit sur les *bona adventitia.*
6. Id.	Obligation.	Superficie, emphytéose, hypothèque (260).

(256) Je ne parle ici que des institutions du fond du droit ; le phénomène qui s'y manifeste se reproduit aussi dans les actions du droit nouveau, ainsi que le démontrera la suite de cet ouvrage.

(257) Le propriétaire du fonds a droit au canon emphytéotique comme propriétaire, ce revenu se rattache ainsi activement à la propriété.

(258) Le but de servitude était ici atteint sous la forme d'une obligation passant activement et passivement aux successeurs des deux fonds, v. Ihering, Jahrb. X, p. 554-562.

(259) *Passivement :* transmission de l'obligation de prester la *fideicommissaria libertas* à tout possesseur éventuel de l'esclave (Jahrb. X, p. 519-522), ce qui était vrai aussi quant aux conventions obligatoires en faveur de l'esclave (ibid p. 546) et de l'obligation née de la servitude provinciale (note précédente) ; *activement :* transmission du droit de créance dans les titres au porteur.

(260) L'acquéreur des deux premiers droits succède activement et pas-

Rien de semblable ne se présente pour le droit ancien, comme nous allons le voir, et l'on pourrait être tenté de l'expliquer en disant que les circonstances étaient bien différentes à l'époque ancienne. On peut croire en effet que ces combinaisons complexes sont le signe caractéristique et le produit d'un développement économique parvenu à un degré plus élevé. Il semble tout naturel que les rapports plus simples de l'époque antérieure aient conduit sans effort à des principes moins complexes. Mais c'est une erreur. L'examen de rapports du droit ancien qui renfermaient en eux tous les éléments nécessaires pour une combinaison de ce genre, l'usufruit, par exemple (p. 136), ainsi que celui d'autres rapports que nous expliquerons ci-après, le prouveront. Ces rapports n'étaient point, comme ceux du droit nouveau, le résultat de la fusion d'éléments hétérogènes confondus en un principe unique, mais de la juxtaposition purement extérieure de divers principes simples maniés chacun à part et à son tour. Le rapport entier est créé pièce à pièce. Ce n'est pas un tout juridique, mais une combinaison de principes différents, qu'un but commun, il est vrai, relie économiquement et qui gravitent autour de ce but comme autour d'un pivot. *Juridiquement*, ils sont complètement indépendants les uns des autres.

La loi qui s'applique ici est évidente. La jurisprudence ancienne ne tolère que des corps simples, et ignore les corps composés. Mais qu'entend-on par corps simples ou composés? Quelles étaient les règles qui dirigeaient la jurisprudence pour déterminer la notion de la simplicité? Elle n'envisageait point, répondrons-nous, si un rapport de la vie formait, d'après son but, sa destination, un tout complet en lui-même (une unité

sivement dans l'obligation. Le possesseur comme tel n'a pas de prétention obligatoire contre le propriétaire ni celui-ci contre lui : il ne reste à ce dernier qu'à lui revendiquer la chose. Avec la créance, l'hypothèque passe aussi en même temps sur les successeurs.

économique), mais recherchait si ce rapport pouvait être analysé ultérieurement au moyen des notions juridiques fondamentales qu'elle avait admises. Loin donc d'être absolue, la règle n'était que relative, historique ; elle n'en était pas moins facile à concevoir et à déterminer. Était composé tout rapport qui renfermait, comme élément de sa substance, un principe qui pouvait se rencontrer ailleurs comme principe isolé dans la vie. Le contrat de vente, par exemple, était un corps composé. L'obligation unilatérale, en effet, est la forme la plus simple dans laquelle l'obligation se rencontre dans la vie. Or, le contrat de vente engendre deux obligations : il peut donc se dissoudre en deux obligations unilatérales. Pour que notre assertion soit vraie, le droit ancien ne doit pas avoir connu d'*obligations* bilatérales. Je vais plus loin ; la forme la plus simple du rapport juridique, telle qu'elle apparaît, par exemple, dans la propriété, est celle du *droit* unilatéral, c'est-à-dire, du droit sans aucune obligation, et notre règle ci-dessus ne peut se maintenir qu'à la condition que la jurisprudence ancienne ait renié tous droits mêlés d'obligations. Il faut que les divers droits n'aient jamais pu être fusionnés dans l'unité d'un troisième droit indépendant.

Mettons ce principe à l'épreuve et voyons s'il en sortira vainqueur. Dans ce but, choisissons un phénomène qui mieux que tout autre élèvera le lecteur à la hauteur du problème et lui dévoilera dans toute sa profondeur le secret de l'analytique du droit ancien.

L'idée du lien obligatoire a son siége propre dans le droit des obligations ; elle y a trouvé son expression dernière et s'y est définitivement assise. Mais elle n'est nullement circonscrite à cette matière. Elément invisible, incorporel, sans expression individuelle, l'obligation circule à travers tout le monde juridique, vivifiant et conservant tous les rapports. Tel l'oxygène pénètre et vivifie l'air atmosphérique. Ceci ne veut pas dire que des obligations se rencontrent dans toutes les matières du droit et je ne citerai point, en matière de droit de la famille, l'obli-

gation de doter, de fournir des aliments, l'action dotale, ni en matière de droit héréditaire, l'obligation née des legs. Dans ces cas, en effet, l'idée d'obligation se présente avec sa forme spécifique, exprimée dans le droit des obligations : celle d'une *obligatio* à poursuivre au moyen d'une *actio in personam*. Ce que je veux dire, c'est que même dans des rapports non obligatoires, l'obligation peut-être présente comme pure matière obligatoire, sans prendre la forme même de l'obligation proprement dite. Le principe de l'*actio in rem* est bien le principe le plus diamétralement opposé à l'obligation; et cependant elles sont nombreuses les *actiones in rem* du droit nouveau auxquelles se mèlent des éléments obligatoires. La nature de la revendication moderne est presque plutôt obligatoire que réelle, comme nous allons le démontrer, et ce caractère est encore plus tranché, cependant, dans la pétition d'hérédité. Ni l'une ni l'autre ne décèlent extérieurement l'élément obligatoire contenu en elles. Cet élément ne s'y retrouve qu'à l'état de règles et de principes de nature obligatoire. Un ignorant ne juge une matière que d'après sa forme extérieure, le coup d'œil lui fait défaut pour en reconnaître les éléments, alors qu'ils n'existent que d'une manière purement substantielle. Il ne remarquera point l'élément obligatoire dont nous parlons, et dans les deux cas qui nous occupent il croira aussi n'avoir sous les yeux que des actions purement *réelles*.

Cette invasion d'éléments obligatoires dans des rapports qui ne le sont point s'accentue à mesure que le temps qui s'écoule perfectionne ces rapports eux-mêmes. Les droits ne se perfectionnent qu'en raison de la matière obligatoire qui s'y mêle. A leur apogée, l'obligation domine entièrement; c'est une substance subtile qui s'infiltre partout. La démonstration de ce fait trouvera sa place dans l'exposé du troisième système (261). Il ne

(261) Ce travail a été fait pour la procédure du droit nouveau par Kuntze, Institutionen und Geschichte du R. R. T. II, p. 218.

s'agit ici que de constater sous quelle forme le droit ancien a donné des effets à cette matière obligatoire accessoire. Si ces effets s'étaient révélés de la même façon que dans le droit nouveau, ce droit aurait connu des corps composés. Dès lors notre principe de la simplicité élémentaire ne serait pas fondé. Pour qu'il soit vrai, il faut que, dans ces cas, le droit ancien ait ou bien complètement repoussé le secours des principes obligatoires — le fait était impossible, et le droit ancien a dû en tenir compte, bien qu'à un degré infiniment moindre que le droit nouveau, — ou bien il doit avoir donné à cette matière accessoire la forme qui lui était adéquate, celle de l'obligation. Dans ce cas, à côté du rapport qu'il s'agissait d'édifier comme obligation, il doit avoir créé des obligations *spéciales* gravitant d'après leur but, autour de ce rapport, comme autour de leur centre, mais conservant chacune, juridiquement, une complète indépendance. Ce fut ainsi, en effet, que les choses se passèrent. Lorsque dans un rapport quelconque, soit dans la procédure, soit en dehors de la procédure, le droit ancien voulait introduire une obligation de faire, il donnait à celle-ci la forme d'une obligation séparée, créée par un acte particulier entre les parties. Même pour la procédure, le droit ancien resta complètement étranger à notre conception moderne en vertu de laquelle tout rapport juridique comme tel, comporte un lien obligatoire. Ce qui est aujourd'hui la conséquence nécessaire de tout acte de procédure quelconque, ce qui résulte inévitablement, d'après nos idées, de la poursuite seule de l'instance, la procédure ancienne le réalisait grâce à une obligation spéciale, expresse, assumée par la partie intéressée (indirectement contrainte). Celle-ci n'était obligée que lorsqu'elle s'était liée, mais les mesures étaient prises pour qu'elle dût se lier.

Nous ne poursuivrons point dans tous ses détails l'étude de ce phénomène si caractéristique de l'ancien droit. L'examen de ses principales applications suffira pour l'élucider complètement.

Parmi ces applications, nous remarquons tout d'abord le rôle

de l'élément obligatoire dans l'ancienne *rei vindicatio*. Prise dans la rigueur de son acception la plus pure, la *rei vindicatio* forme le contraste le plus tranché avec l'*actio in personam* et l'obligation. *Non personam, sed rem persequitur* (262), dit-on encore d'elle dans le droit nouveau, où cependant ces expressions ne sont plus entièrement vraies: La *rei vindicatio* poursuit uniquement la chose (*agitur in* REM), elle la suit partout où elle va, elle ne veut rien autre d'elle que ce qu'elle peut donner elle-même, sans la participation du défendeur. La chose est responsable, la chose preste : la personne du défendeur n'a pas d'autre importance que de se trouver entre le demandeur et l'objet de sa demande, et la procédure doit tout d'abord l'écarter.

Le droit nouveau, il est vrai, a complètement altéré le caractère primitif de la *rei vindicatio*. La revendication moderne est pleine de côtés obligatoires. On peut dire même qu'elle n'est plus qu'une action personnelle passivement déterminée par la possession. Encore ce dernier trait lui est-il commun avec maintes actions *in personam (act. in rem scriptae)*. Son caractère obligatoire se manifeste de trois manières. Elle poursuit des obligations dont les unes sont nées avant le commencement du procès, dont les autres s'élèvent au cours de l'instance et dont d'autres enfin ne prennent naissance qu'après la terminaison du procès. Sous le premier rapport, la revendication peut porter sur deux prétentions émanant du demandeur et sur une qui compète au défendeur. Le premier peut agir du chef du *dolus praeteritus* et du chef des fruits ; le second peut agir du chef des impenses. En tant qu'elle porte sur la première de ces demandes, il faut dire, pour la qualifier exactement, qu'elle exerce la fonction d'une action pénale, d'une *actio de dolo* quelque peu modifiée (263). Lorsqu'il s'agit

(262) L. 2, Cod. si unus (8-32).

(263) Modifiée en ce sens qu'elle n'exige pas la preuve du dommage et

de la revendication des fruits, la revendication ne reste fidèle à la rigueur première de son principe que pour autant qu'elle porte sur des fruits perçus par un *malae fidei possessor* et existant encore chez lui. Le demandeur, en effet, est propriétaire de ces fruits. Mais lorsque ces fruits n'existent plus, ou lorsque le défendeur est un *bonae fidei possessor*, l'action par laquelle on réclame les fruits n'est au fond qu'une *condictio*. Le fondement de cette action ne se trouve plus alors, en effet, dans un droit de propriété résidant dans le chef du demandeur, mais il repose sur l'enrichissement du défendeur aux dépens du patrimoine du demandeur, c'est-à-dire sur un fait obligatoire ([264]). Quand au droit du défendeur à la restitution des impenses, il prend également sa source dans un fait d'enrichissement. Inutile d'insister sur le point.

Au cours même du procès, le caractère obligataire de la revendication se manifeste en ce qu'elle oblige le défendeur à la *diligentia* et jusqu'à un certain point à la prestation du cas fortuit ([265]). Enfin la revendication, tout comme l'action *in personam*, se termine par une condamnation pécuniaire, donc par une obligation.

La *rei vindicatio* dans sa forme originaire, était bien diffé-

---

qu'elle n'entraîne pas l'infamie. Sa nature d'action pénale se manifeste en ce que passivement elle ne passe point aux héritiers. L. 52 de reivind. (**6**-1).

([264]) La L. 15 de usuris (**22-1**) exprime formellement ce point de vue pour le m. f. p. : *qui prius percepti quasi malae fidei possessori* CONDICUNTUR; v. aussi L. 3, Cod. de cond. (**4**-9)... *de extantibus fructibus vindicatione, de consumtis vero* CONDICTIONE *conventus*. L. 22, § 2 de pign. act. (**13**-7). L. 18 de exc. (**44**-1). Quant au b. f. p. il acquiert, comme tel, la propriété des fruits.

([265]) ULPIEN, pour le justifier, fait intervenir le principe de la *mora*, lequel appartient au droit des obligations (v. L. 15, § 3 de rei vind. [**6**-1]). Cela montre bien quelle idée les juristes du droit nouveau se faisaient de la revendication.

rente sur tous ces points. Elle n'admettait point la responsabilité du chef du *dolus praeteritus* (p. 26); elle n'admettait pas davantage la demande de restitution des fruits. Ceci, à mon avis du moins, ne fait aucun doute. Le *bonae fidei possessor* acquérait la *propriété* des fruits perçus par lui; ils ne pouvaient donc être revendiqués contre lui. Il en était de même des fruits *consommés* par le *malae fidei possessor*, car l'objet à revendiquer doit encore exister, par cela seul déjà qu'il doit être apporté en justice. Aucune instance ne pouvait donc être introduite au sujet de l'une ou de l'autre de ces catégories de fruits, si ce n'est au moyen de la formule de l'action personnelle : *dare oportere*, c'est-à-dire, par action séparée et complètement indépendante de la *rei vindicatio*. Il nous semble superflu, après les explications dans lesquelles nous sommes entrés au § 61, de démontrer encore que d'après les principes de la procédure ancienne, *dare oportere* et *rem meam esse* ne pouvaient se combiner en *une seule* action. Cela était d'une impossibilité absolue. Restent donc les fruits existant en nature chez le *malae fidei possessor*. La procédure ancienne ne permettait pas non plus que ces fruits pussent être revendiqués, soit indépendamment de la chose principale, soit concurremment avec elle. Je ne pourrai en fournir la preuve que plus loin ([266]). Mais nous connaissons déjà (v. p. 28) la véritable action dont le propriétaire devait se servir dans ce cas : c'était l'*actio furti* ([267]).

([266]) J'ai déjà énoncé cette opinion (p. 28). Je ne la fonde point sur cette hypothèse douteuse et que rien ne confirme, du reste, que les fruits auraient dû être revendiqués isolément. (V. GÖPPERT, Ueber einheitliche, zusammengesetzte und gesammtsachen, Halle, 1871, p. 100 et s.) mais sur ce fait que les *res nec mancipi* en général, ne pouvaient pas, à l'époque antique être l'objet de la revendication. Je renvoie pour le surplus au T. suivant.

([267]) V. outre les textes cités à la note 265, qui mentionnent seulement la *condictio* en général (et non la *cond. furtiva)*, la L. 1, Cod. Theod. de

Ce ne fut que dans l'époque nouvelle que le défendeur fut admis à faire valoir son droit à la restitution des impenses par lui faites. Cela est démontré par la forme seule dans laquelle ce droit était poursuivi *(exceptio doli)*. De plus, la corrélation étroite qui existe entre cette prétention du défendeur et celle du demandeur dont nous venons de parler, est un nouvel argument en faveur de l'âge relativement récent de cette dernière. Tant que les impenses ne furent pas remboursées au b. f. p., on ne pouvait sans la plus grande injustice l'obliger à restituer les fruits existants. Si l'une règle subissait une modification, l'autre devait nécessairement en subir aussi. On cessa d'établir en bloc le décompte entre les fruits et les impenses, pour faire le compte exact des fruits d'un côté, des impenses de l'autre, car l'une et l'autre partie fondait son droit sur un motif identique : l'enrichissement de son adversaire à son détriment à elle. Une même inspiration engendre les deux prétentions, celle d'appliquer à l'action qui est, par essence, du domaine de la propriété, la notion d'enrichissement qui appartient au domaine de l'obligation.

Il ne pouvait être douteux, non plus, dans le droit ancien, que pendant tout le cours de la procédure de revendication, le possesseur n'eût à compter avec les règles du droit des obligations. La marche suivie à cet égard atteste de nouveau combien la jurisprudence ancienne tenait à ne point s'écarter de ses lois techniques fondamentales. Elle ne permit point à ces obligations de se développer dans le sein de la *reivindicatio*, elle ne leur donna pas même accès dans le jugement. S'inspirant du même procédé qu'elle avait suivi pour l'*ususfructus*, elle établit *à côté* du droit réel, un rapport obligatoire complètement indépendant. Pour consacrer l'obligation à la restitution des

usur rei jud. (4-19) qui parlant de la peine du double applicable au *furtum nec manifestum* dit :.. *et* PRISCI JURIS *formulis... malae fidei possessores* IN DUPLUM *conveniuntur*.

fruits perçus pendant le procès par le possesseur (de bonne ou de mauvaise foi, il n'importe), il suffisait simplement de prendre pour point de départ la notion du vol *(furtum nec manifestum)*. L'obtention des *vindiciae* de la part de la partie succombante *(si vindiciam falsam tulit)* (268) pouvait, en effet, être envisagée, soit comme un furtum (POSSESSIONIS) du *fonds* (269), soit comme un *furtum* (REI) des fruits (270). Dans tous les cas, le procès principal terminé (271), on donnait à une juridiction spéciale, composée de trois experts *(tres arbitri)* la mission d'évaluer les fruits. Il en résulte que le juge de l'affaire principale n'avait pas à connaître de cette évaluation. L'analogie avec le cas du *furtum nec manifestum* résulte au surplus, de la peine du double et de l'emploi des mots techniques en matière du vol : *damnum decidere*.

D'autres actions de délit (272) protégeaient, il est vrai, la partie intéressée contre les détériorations *positives* de la chose par le fait du possesseur, mais rien ne la protégeait contre des détériorations qui n'étaient que la suite d'une *omission*. Dans ce cas, il fallait donc toujours l'établissement d'un rapport obligatoire spécial. Ce rapport s'établissait au moyen de cau-

---

(268) Termes de la loi des XII tables dans FESTUS sub V° *Vindiciae : Si vindiciam falsam tulit, si velit is...* (CUJAS : *rei sive litis*, MÜLLER : *Silitis et vindiciarum Prae)... tor arbitros III dato eorum arbitrio...* (MÜLLER : *possessor, reus) fructus duplione damnum decidito.*

(269) GELLIUS, XI, 18, § 13... FUNDI *quoque et aedium fieri furtum.* L. 1, § 3 de furt. (**47**-2) *furtum... possessionisve.*

(270) Contre l'objection éventuelle que le b. f. p. n'aurait pu être traité comme *fur* je renvoie à mon : Schuldmoment im römischen Privatrecht. Giessen, 1867, p. 11 s.

(271) On ne pouvait en effet, avant que le jugement principal ne fût prononcé, dire de quelqu'un : *vindiciam* FALSAM *tulit.*

(272) Par exemple, l'*act. arborum furtim caesarum.* De même dans le droit nouveau l'*act. legis Aquiliae* : L. 27, § 2 de rei vind. (**6**-1)... *act. legis Aquiliae durat.*

tions *(praedes litis et vindiciarum)* qui devaient garantir que le possesseur conserverait la chose en bon état et se conformerait au jugement à intervenir ([273]). Le droit aux *vindiciae* était refusé à quiconque ne pouvait fournir ces cautions. Une instance spéciale, dirigée exclusivement contre les cautions, (le défendeur, je l'établirai ailleurs, n'était pas *juridiquement* obligé) servait ensuite à réaliser cette obligation. Celle-ci n'avait donc rien de commun avec la revendication.

Jusque dans la fin du procès, c'est-à-dire, dans le jugement et dans son exécution, l'ancienne revendication restait une action purement réelle. Dans le droit nouveau, elle se termine comme une action personnelle. La condamnation qui intervient sur la *formula petitoria* est une condamnation pécuniaire, elle a pour objet un *dare* et ne tend point à : *rem ejus esse.* Ce changement était devenu inévitable à la suite du grand nombre de liens d'obligation accessoires qu'avait accueillis la revendication. Dans l'ancienne procédure de revendication, au contraire, le jugement ne pouvait être conçu en argent : inutile d'insister sur ce point. La formule même imposait au juge les termes dans lesquels il devait prononcer, et il ne pouvait donc, dans la procédure *per sacramentum,* que déclarer : *sacramentum justum esse* (I, 174) ([274]). Je ne puis nullement admettre non plus, qu'ensuite une procédure spéciale vînt transformer la propriété reconnue dans le jugement en une dette d'argent, de sorte que la revendication ancienne comme celle du droit nouveau, aurait abouti en dernière analyse, à une obligation ([275]). L'*arbitrium litis aestimandae* que l'on trouve men-

---

([273]) Pseudo Asc. (Orelli p. 191) borne leur responsabilité au premier point : *ne interea possessionem deteriorem faciat, tecta dissipet, excidat arbores et culta deserat* tandis que Gaius, IV, 16, 94, les rend responsables sans distinction : *litis et vindiciarum i. e. rei et fructuum nomine.*

([274]) Dans la *sponsio praejudicialis : sponsionis summam dari oportere,* Gaius, IV, 93.

([275]) V. Bethmann Hollweg, Röm. Civilpr. I, p. 193.

tionné dans la procédure des *legis actiones* (276) s'explique suffisamment par les actions personnelles. La condamnation dans ces actions, frappait originairement sur la chose même et non sur de l'argent (277). L'*arbiter* évaluait, il ne condamnait point; il ne fondait point une obligation, il fixait seulement le montant d'une obligation déjà existante. Or, le défendeur n'avait aucune obligation quant à l'objet même de la revendication. Une instance estimatoire de ce genre ne pouvait donc se produire et avoir effet que quant aux obligations accessoires dont nous avons parlé ci-dessus, résultant du chef des fruits et du chef de la détérioration ou de la destruction de la chose, précisément parce que dans ces cas il ne s'agissait que d'une évaluation.

Mais, objectera-t-on, il faut cependant que le jugement sur l'action en revendication ait établi, pour le défendeur, une obligation de restituer la chose. Soit, si l'on comprend par là une obligation dans l'acception indéterminée du mot. Dans ce sens, on parle aussi d'une obligation d'obéir aux lois et aux ordonnances de l'autorité. Mais il ne peut être question d'une *obligatio* dans le sens technique. La *reivindicatio* ancienne, même au moment où elle aboutissait en fait, n'avait jamais rien de commun avec le principe de l'obligation. Le défendeur ne devait pas donner la chose, c'était le demandeur qui la prenait (278). En le souffrant, le défendeur ne faisait autre chose que s'abstenir de s'insurger contre l'ordre légal et l'autorité (279). Lors même que le défendeur venait à mourir *après* le jugement, encore aucun retard n'en arrêtait l'exécution. C'est bien la meilleure preuve que le défendeur souffrait, mais n'agissait

(276) VAL. PROBUS de notis antiq. §. 4.

(277) GAIUS, IV, 48.

(278) L. 57 p. de evict. (**21**-2)... *ante ablatam vel abductam rem*. L. 30 de lib. causa (**40**-12)... *duci servum debere ab eo, qui vicisset*. V. en ce sens BETHMANN HOLLWEG, l. c. p. 191.

(279) L. un, § 1 si quis jus (**2**-3).

point, car toute action suppose une personne qui agit. Nulle *dation* n'était nécessaire lorsque dès le début le défendeur s'était abstenu de toute résistance, laissant le demandeur emporter avec lui l'objet apporté en justice [280], après avoir obtenu l'*addictio* de la part du Préteur [281]. Il en était exactement de même lorsqu'un jugement avait dû briser la résistance du défendeur.

Nous arrivons ainsi à cette conclusion que la revendication du droit nouveau est une combinaison de demandes diverses, les unes réelles, les autres personnelles, gravitant autour de la propriété. Elle est moins une action unique qu'un ensemble d'actions. Au contraire, la *reivindicatio* du droit ancien ne perd pas un seul instant son caractère de procédure contre la chose. Son but, sa condition première, c'est la chose, et elle n'accueille en elle aucun élément qui s'éloignerait de son objet purement réel pour se porter sur la personne. Elle se meut toute entière et reste toujours sur le terrain du droit réel pur. Les demandes obligatoires qui viennent l'appuyer, doivent suivre la voie de l'*act. in personam*, conformément à notre loi de l'analyse. La *reivindicatio* ancienne est donc un corps analytiquement simple, car elle ne renferme aucun élément qui se rencontre ailleurs à l'état de principe juridique indépendant.

L'étude précédente a montré l'application du principe de la *simplicité élémentaire* à un cas particulier des plus intéressants [282]. Mais avant que ce principe puisse être érigé en loi

(280) Non plus que dans le cas où, par la concession des *vindiciae* la possession avait été transférée de l'une à l'autre partie. Tite-Live, III, 48: *I Lictor, submove turbam et da viam domino ad* PREHENDENDUM *mancipium*.

(281) Gaius, II, 24 *(in jure cessio)*.

(282) Nous avons rencontré plus haut (p. 136) un autre exemple dans l'usufruit.

générale, ne souffrant aucune exception, il faut ramener à lui tous les droits du système ancien. Il ne sera exact qu'à la condition qu'il n'existe aucun de ces droits qui soit composé de deux éléments systématiquement simples : soit de deux droits, soit d'un droit et d'une obligation. Partout, au contraire, où dans un rapport juridique quelconque il se présente pareil concours de plusieurs éléments, il faut que la jurisprudence les ait juxtaposés, ainsi que nous l'avons vu ci-dessus, tout en ayant soin de les distinguer nettement les uns des autres.

Vainement, dans l'ancien droit, chercherait-on à rencontrer ces mélanges de principes. Ce n'est point, cependant, que la matière fît défaut à l'époque ancienne. Car bien que plusieurs des exemples cités ci-dessus appartiennent à une phase plus avancée du développement économique des relations, le droit ancien connaissait assez de cas où, s'il l'avait voulu, il aurait pu laisser opérer une pareille fusion de deux principes.

Examinons donc tout d'abord si, dans le droit ancien, il existe un seul rapport juridique qui, comme les rapports du droit nouveau cités à la p. 178, renferme en lui deux droits systématiquement différents. Je n'en connais aucun ([283]). La combinaison des deux formes fondamentales d'actions : *in rem* et *in personam*, pour un seul et même rapport, reste également étrangère au droit ancien. Chaque rapport du droit ancien n'est jamais protégé que par l'une ou par l'autre de ces deux actions, par les deux à la fois, jamais. Le contraste est saisissant quand on compare la foule des cas dans lesquels le droit

([283]) Je dois m'attendre à ce que mon assertion se heurte à une contradiction. Les objections que j'aperçois dès maintenant sont trop peu sérieuses pour que je m'y arrête. On dira, par exemple, que la servitude prédiale était liée avec la propriété. Je réponds : c'est précisément là son principe, en ce qui la concerne une forme plus simple n'est pas concevable; même réponse à cette autre objection : l'*hereditas* transfère des droits de toute espèce, la puissance du chef de famille donne en même temps le pouvoir sur la *personne* et sur toutes les *choses* que celle-ci acquiert.

nouveau accorde pour une seule et même demande et une action personnelle, et une revendication utile (284). On n'a qu'à considérer aussi le legs moderne pour lequel, selon la nature de l'objet légué, le légataire dispose aussi bien de l'action personnelle que de l'action réelle. Le droit ancien séparait rigoureusement les deux actions, dans les legs comme dans tout autre rapport. L'une servait exclusivement à réclamer le legs *per vindicationem;* le legs *per damnationem* ne pouvait être réclamé que par l'autre. Les juristes de l'école ancienne auraient considéré comme une hérésie juridique la combinaison des deux actions en une forme mixte. Il fallut rompre avec toutes les traditions anciennes de la technique, avant que l'on en vînt là (285).

Passons à une seconde question. Le droit ancien connut-il jamais des rapports dans lesquels le droit et l'obligation ou le droit contraire fussent confondus dans l'unité d'un seul et même principe? Nous répondons : non, et sans réserves. Tous les rapports de l'ancien droit sont essentiellement *unilatéraux.* Ils ne donnent à l'intéressé qu'un *droit*, sans lui imposer en même temps un devoir, ou sans procurer à l'adversaire un droit contraire.

Stahl a constaté avant moi ce principe de l'unilatéralité, et son action sur la structure de tous les rapports du droit ancien (286). Je ne veux point rabaisser le mérite de cet auteur. Nul plus que moi n'admire la profondeur de ses vues. Je ne puis cependant m'empêcher de remarquer la faiblesse de plus d'une de ses explications. Sans entrer dans des détails, je ne puis

(284) V. Ihering diss. sur la *reiv. utilis.* Jahrbücher, T. 1, p. 120 s.

(285) Ce n'est point cependant que j'entende ici prononcer la condamnation de ces formes nouvelles ; au contraire, j'y vois un progrès du droit. V. Jahrbücher, X, p. 517-519.

(286) Philosophie des Rechts. 2ᵉ édit. T. 2. p. 392 s. (Appendice).

admettre la haute signification qu'il attache à ce point. Il m'est impossible de découvrir avec lui, dans cette *seule* idée, l'essence particulière toute entière du droit romain, comme je ne puis consentir à lui trouver son motif dernier dans l'appréciation morale des Romains sur les relations de la vie. J'ai expliqué antérieurement, en traitant de la nature générale de l'analyse (III. 41 s.), ce qui fut la cause de l'erreur de Stahl. Je n'ai qu'à me référer à ces explications.

En droit moderne, le rapport entre l'époux et l'épouse, de même que celui qui existe entre le tuteur et le pupille revêt un caractère de réciprocité. L'on peut en dire autant, jusqu'à un certain point, de la puissance paternelle, en tant qu'elle impose des devoirs au père (par exemple, l'obligation de fournir des aliments). Il en était tout autrement sous l'ancien droit. Quelle que fût, en effet, la forme qu'affectaient, *en fait*, ces rapports dans la vie, et sous l'empire des usages, *en droit*, ils constituaient tous des rapports de puissance unilatéraux; ils ne conféraient aucun droit à celui qui y était soumis. Quant aux enfants, pas n'est besoin de le faire remarquer. Quant à la femme mariée et soumise à la *manus*, tout au plus pourrait-on voir une exception dans la dot. Mais en réalité (287), la femme n'avait pas plus un droit contre son mari, en ce qui concerne sa dot, qu'elle n'en avait en général pour toute autre cause. Lui reconnaître pareil droit dans un mariage avec *manus*, c'eût été accorder au mari un droit contre lui-même. Les Romains considéraient la tutelle, dans sa forme originaire, comme un rapport de puissance (288), elle était rangée, à l'époque ancienne, au nombre de ces rapports obligatoires *(officia)* (289)

---

(287) V. en ce sens Bechmann, Das römische Dotalrecht 1e part. Erlangen, 1863, p. 105.

(288) *Jus ac potestas in capite libero.* Ciceron de invent. II, 50. L. 1 pr. de tut. (26-1).

(289) Gellius, V, 13.

qui tout en créant des devoirs moraux fort sévères et dont la violation faisait encourir l'infamie, n'établissaient cependant aucune obligation, aucun lien juridique. En cette matière comme en toute autre, la soustraction frauduleuse donnait lieu à l'action du chef de vol tendant au double *(actio rationibus distrahendis)*, mais le droit ancien ignorait absolument la notion, réalisée plus tard dans le *judicium tutelae*, d'un droit spécial du pupille contre son tuteur, pour exiger de lui une gestion fidèle et soigneuse (290).

Il était possible, au moyen des servitudes, d'apporter des restrictions à la propriété; le propriétaire lui-même pouvait s'obliger, mais l'ancien droit n'admettait point la possibilité de grever la propriété d'une obligation transmissible aux successeurs (291). Grâce à la règle : *servitus in faciendo consistere nequit*, la servitude ne pouvait jamais dégénérer en obligation. La charge qu'elle imposait au propriétaire, ne créait jamais pour celui-ci une obligation. Cette charge subsistait même à défaut de tout propriétaire, ou lorsque le propriétaire se trouvait dans l'incapacité d'agir. Cela prouve bien que le rôle du propriétaire était purement passif et n'impliquait aucune idée d'action. Aussi pour faire valoir une servitude recourait-on, non à une action *in personam*, mais à une action *in rem*. Quant à l'usufruit, je renvoie à mes explications précédentes.

Le droit des obligations est également plein d'enseignements sur cette question. La plupart des rapports obligatoires du commerce juridique sont bilatéraux et l'on ne peut contester qu'ils fussent déjà connus dans la vie romaine ancienne. Or, chose instructive à constater, toutes les formes obligatoires qui peuvent avec certitude être rattachées à l'ancien droit, notam-

(290) V. au surplus les explications sur les rapports de *bonne foi*, dans la dernière partie de ce livre.

(291) Nous avons indiqué plus haut le changement qui s'accomplit sous ce rapport dans les provinces.

ment le *nexum*, le prêt, le contrat littéral et la stipulation ont un caractère essentiellement unilatéral. Parmi les contrats bilatéraux du droit nouveau, il n'en est aucun que les Romains fassent procéder du *jus civile*. Tous appartiennent au *jus gentium*. Nous pouvons donc affirmer que *l'idée de la bilatéralité n'a point de racines dans le droit civil romain*, que *seule, l'unilatéralité est une idée romaine spécifique*.

Comment avec ce seul principe de l'unilatéralité, les Romains purent suffire à tous les besoins de la vie juridique, pas n'est besoin de l'expliquer. Ils décomposaient tout simplement le rapport bilatéral en deux stipulations unilatérales (par exemple, *stipulationes emti venditi, locati conducti)*. Le promettant pouvait empêcher que l'adversaire, profitant du caractère unilatéral de sa promesse, ne s'avisât d'en réclamer l'accomplissement avant de s'être exécuté lui-même. Il n'avait, pour cela, qu'à ajouter une condition à cette promesse *(centum dare spondes, si equum dederim? equum dare spondes, si centum dederim?)*. Pas n'est besoin non plus d'insister longuement pour démontrer que Stahl est dans l'erreur lorsqu'il attribue cette manière de procéder à l'étroitesse de la conception morale des Romains et à leur ignorance de l'union possible du droit avec le devoir. Nous nous bornerons à dire qu'elle est due aux mêmes motifs d'opportunité auxquels l'analytique du droit, en général, doit son origine. L'obligation unilatérale est la forme d'obligation la plus simple, non-seulement dans le sens analytique, mais aussi dans le sens pratique : c'est la plus facile à manier (§ 65).

Pendant des siècles les Romains n'avaient connu d'autre obligation que l'obligation unilatérale, ils s'étaient habitués à réduire en la forme de deux conventions unilatérales des actes foncièrement bilatéraux tels que la vente, le louage, la société, et à y voir, juridiquement, deux contrats et non pas un seul. Leur manière de voir à cet égard fut-elle brusquement modifiée lorsque disparut la stipulation comme forme nécessaire et spéciale de ces contrats? En vinrent-ils, du jour au lendemain,

à considérer ces actes sous un autre aspect? Telle ne fut pas, et ne dut pas être la conséquence de ce changement de forme. La structure juridique des actes ne dépendait en aucune façon de leur forme. Une évolution aussi totale dans les idées jusque là acceptées ne peut se concevoir sans des motifs impérieux; elle eût été en contradiction avec tout ce que nous savons de la manière de procéder des juristes romains et avec la loi de continuité du développement du droit à Rome. Et en réalité elle n'eut pas lieu. Ce ne fut point un acte bilatéral tel que nous le concevons aujourd'hui sous le nom de contrat de vente ou de louage, qui vint remplacer la *stipulatio emti* et *venditi*, *locati* et *conducti*; ce furent l'*emtio* et la *venditio*, la *locatio* et la *conductio* qui prirent leur place. Ces deux actes conservèrent leur structure ancienne, ils restèrent ce qu'ils avaient toujours été jusque là: deux actes unilatéraux juxtaposés. Lors donc que les Romains désignent toujours ces actes sous leur double nom: *emtio venditio*, *locatio conductio*, il n'y a là ni hasard, ni simple réminiscence du droit ancien; ils ne faisaient qu'exprimer la nature vraie, la structure juridique de ces actes même au point de vue du droit nouveau. C'est de nos jours seulement que cette vérité a été exactement reconnue (292). Elles sont cependant loin d'être toutes dissipées les erreurs qui furent les conséquences fatales de la conception que l'on s'était faite jusqu'ici de cette matière (293).

(292) BRANDIS, Zeitsch. für Civilr. u. Pr. T. VII, p. 138 s. DERNBURG, Compensation p. 70 ss.

(293) Par exemple, dans la théorie de l'erreur, où SAVIGNY, System T. III, p. 294, soutient que le vendeur aussi est libéré de son obligation pour cause d'erreur de l'acheteur. Cela serait exact s'il s'agissait du mariage; car un mariage ne peut pas être nul pour l'une partie et valable pour l'autre. La conclusion du mariage contient une convention réellement bilatérale, une convention qui pour l'une et l'autre partie entraîne des effets parfaitement réciproques. Mais il en est autrement du contrat de vente et de louage, précisément parce qu'ils ne sont l'un et l'autre que

Le même mécanisme se rencontre dans les actes essentiellement bilatéraux que les Romains désignaient d'un seul nom, comme la société, le mandat, etc. Ces actes peuvent, dès le principe, être nuls pour l'une partie et valoir pour l'autre, subsister pour celle-ci et non pour celle-là. Dans ces cas de validité partielle, le droit de l'une des parties, qui n'a pas reçu d'existence juridique, prend le caractère d'une *condition* mise à la réalisation du droit de l'autre partie. C'est une espèce d'obligation indirecte à laquelle les juristes romains ont appliqué le nom et les principes de l'*obligatio naturalis*. Mais en réalité le rapport ne diffère point de celui de la *stipulatio emti* conditionnelle dont il est le développement historique. La pupille qui, au moyen de la *stipulatio emti : spondesne equum dare, si centum dederim?* s'était fait promettre le cheval acheté par lui sans le concours de son tuteur, et qui avait fait de son côté la *sponsio : centum dare si equum dederis*, ne répondait pas autrement du prix de vente que s'il avait acheté la chose sans stipulation. S'il voulait avoir le cheval, il devait, de son côté, accomplir la condition.

Au nombre des contrats bilatéraux se sont ajoutés, dans notre droit actuel, ceux que l'on appelle : les contrats innommés ([294]). On sait que dans leur forme purement romaine ils font partie des contrats unilatéraux. Cela montre une fois de plus à quel point la théorie des obligations du droit nouveau subit encore l'influence de l'idée d'unilatéralité, et combien l'époque postérieure tenait encore à ce principe antique et si éminemment romain.

---

des composés de deux contrats ; il peut y avoir *emtio* sans *venditio*, et *venditio* sans *emtio*.

([294]) Bien entendu, ils *peuvent* être bilatéraux, mais ils ne doivent pas l'être toujours (même l'échange). Il est encore possible en droit actuel que dans l'intention des parties, l'un des contractants seulement soit obligé en retour d'une prestation qu'on lui fera, sans néanmoins que l'autre partie soit tenue de faire cette prestation.

Le droit héréditaire n'accueillit notre principe qu'en matière de legs. L'hérédité, en effet, et telle est même la base du principe de la succession universelle, comprend nécessairement une transmission de droits et d'obligations. On pourrait dire, pour ménager notre principe, que l'héritier est seulement investi d'un *droit*, qu'il ne reçoit pas immédiatement les divers droits et obligations auxquels il succède, mais que ce qui lui est transmis, c'est l'objet idéal de l'*hereditas*, la représentation économique de la personnalité du défunt. Mais ce serait là plutôt dissimuler la nature de ce rapport qu'en indiquer le véritable caractère.

Dans le legs, au contraire, le principe de la simplicité apparaît de nouveau dans toute sa rigueur. Le legs, et la donation, qui lui correspond parmi les actes entre vifs, sont d'après la conception ancienne des dispositions purement unilatérales qui repoussent toute idée d'obligation (295). Imposer un legs à un légataire, ou une obligation à un donataire était chose impossible. Le droit nouveau l'a rendu possible : dans le legs, en permettant de charger le légataire d'un fidéicommis, dans la donation, en permettant de poursuivre directement l'exécution du *modus* imposé au donataire.

Si, ainsi que nous venons de l'admettre, la jurisprudence ancienne s'est réellement inspirée de ce principe qu'à des libéralités ne pouvaient être attachées des prescriptions obligatoires, elle a dû prohiber également que le père, en émancipant son fils, ou le maître en affranchissant son esclave, fissent des réserves à leur profit propre. La chose est hors de doute pour ce qui concerne l'émancipation du fils, quant à l'affran-

(295) Imposer un *modus* n'était pas imposer une obligation. C'est le droit nouveau qui, le premier, en développant la *condictio ob causam datorum* en matière de contrats innommés, et en en tirant l'*actio praescriptis verbis* a donné au *modus* dans les actes lucratifs dont nous parlons une force directement obligatoire.

chissement de l'esclave, elle paraît résulter de ce que l'on se servait à cet effet du serment *(jurata operarum promissio)*, ce qui semble indiquer qu'il n'existait pas, à l'origine, de forme juridique pour atteindre ce but.

Nous avons ainsi passé en revue tous les rapports juridiques du droit ancien, et si nous n'en avons omis aucun (296), notre conclusion se formule d'elle même. Le droit ancien ne connaissait aucun rapport juridique dans lequel un droit et une obligation se rencontrassent en même temps. Nous avons établi plus haut qu'il ne connaissait pas davantage de rapport dans lequel deux droits systématiquement différents fussent réunis dans l'unité d'un seul et même principe. Nous avons ainsi donné l'explication et la justification complètes du principe de la simplicité élémentaire des corps juridiques qui fait l'objet de ce paragraphe.

---

2. *Simplification analytique des conditions légales.*

Simplification des conditions légales dans l'intérêt de la preuve. — Séparation d'éléments solubles sous la forme de principes et rapports indépendants. — Le transfert de propriété abstrait (double appréciation du même acte au point de vue de la propriété et de l'obligation. — L'obligation abstraite *(act. receptitia)*. — Les personnes abstraites ou juridiques. — Application du principe aux rapports du droit public et privé. — *Vitium* en droit public. — Constitutionnalité des lois.

Denique sit quodvis simplex duntaxat et unum.
HORACE ep. ad Pison. v. 23.

65. Les droits ne se font valoir avec succès qu'en fournissant la preuve de leurs conditions légales, c'est-à-dire, de

(296) Je n'entre pas ici dans l'examen du droit public que STAHL, l. c. a également compris dans son travail.

l'ensemble des conditions auxquelles la loi a subordonné leur existence. La preuve, c'est la rançon des droits que l'on demande à la justice de consacrer. Si la rançon est élevée, c'est-à-dire, si la preuve est circonstanciée, difficile, la valeur pratique des droits diminue d'autant. Cette valeur se détermine là comme partout ailleurs. Toutes choses valent non-seulement en raison de leur contenu, de leur utilité, de leur richesse intrinsèque, mais encore en raison du temps, des peines, des frais qu'elles nécessitent pour s'assurer leur possession. Faciliter la preuve dans la plus large mesure possible est un des points les plus importants qui, dans la formation des droits, ait à fixer l'attention du législateur, et à attirer les regards de la science. Hâter la solution de ce problème présente un intérêt bien plus considérable pour le commerce juridique, que le perfectionnement intrinsèque et le raffinement le plus achevé des principes. Les biens les plus précieux perdent toute leur valeur lorsque les frais qu'entraîne leur acquisition absorbent tout le bénéfice qu'on peut en espérer.

Cette vérité est palpable. Comme il s'en faut cependant qu'elle ait été toujours exactement saisie par la législation et la science modernes! Combien de progrès intrinsèques dans les principes du droit n'ont été réalisés qu'au prix d'un véritable recul sous le rapport de la preuve!

Deux éléments sont nécessaires pour amener une solution heureuse du problème. L'un est général; c'est l'économie bien ordonnée de la procédure de preuve et de la théorie des preuves en général. L'autre élément est spécial et se rattache à la théorie des divers droits en particulier (III. 20); c'est la parfaite ordonnance de leurs conditions légales. Si ces conditions sont compliquées, circonstanciées, indéterminées, la preuve sera longue et difficile. Chacune de ces conditions offre à l'adversaire une retraite toute ouverte, dont il s'assure à l'aide d'une simple dénégation et dont celui qui l'attaque ne peut le déloger qu'au prix de bien des efforts. Formulées maladroitement, elles peuvent rendre des plus ardues la poursuite des

droits ; formulées avec bonheur, elles la facilitent de la manière la plus efficace. Celui qui voudra examiner notre droit positif à ce point de vue y rencontrera la matière d'un travail intéressant et instructif sur l'art de formuler d'une manière opportune les conditions légales. Disons pour caractériser notre science moderne d'un seul mot que jusqu'ici la première page de ce livre reste encore à écrire.

Deux moyens surtout, deux procédés ont été mis en œuvre par le droit romain pour simplifier les conditions légales. Ils ont l'un et l'autre une grande importance. Le premier moyen consistait à rattacher ces conditions à des criteriums extérieurs et faciles à saisir ; nous en avons déjà parlé (I. 54, III. 20). Le second moyen, dont il va être question, consistait dans la simplification analytique.

Voici l'essence de cette dernière opération. Elle consiste à détacher des conditions légales d'un rapport quelconque quelques-uns des éléments nécessaires pour le constituer, et à leur donner la forme de principes et de moyens de droit spéciaux ayant leur effet propre et indépendant. Le rapport juridique est ainsi l'œuvre, non pas d'une force unique, mais de deux forces qui se meuvent dans des directions opposées : l'une affirmant, créant, l'autre limitant, niant, complétant.

Le procédé, on le voit, est le même que celui que nous avons décrit au paragraphe précédent, et même la coïncidence est parfois complète, par exemple dans l'obligation abstraite. Mais le but et le motif sont ici bien différents. Si, par exemple, un transfert de propriété nul pour défaut de cause devait être attaqué par une action spéciale, ou si une loi édictée contrairement aux auspices restait valable jusqu'à son abrogation, il faut en chercher le motif ailleurs que dans la loi de la simplicité élémentaire des principes.

L'idée de la simplification analytique des conditions légales ne se bornait nullement au droit privé ; le droit religieux et le droit public en fournissaient les cas d'application les plus intéressants et les plus importants. Pour la comprendre entière-

ment, il sera nécessaire de l'examiner également sous ce dernier rapport. Commençons par le droit privé.

Dans la preuve d'un droit de propriété acquis par voie dérivée, c'est-à-dire par succession, on peut distinguer deux éléments : la preuve du droit de propriété de l'auteur, et celle de la succession (universelle ou particulière). Si la chose a passé par plusieurs mains, cette seconde preuve se multiplie autant de fois qu'il s'est présenté de cas de succession. La première preuve ne peut jamais être fournie qu'en établissant la naissance de la propriété, d'après un mode originaire, dans la personne du prédécesseur immédiat ou éloigné. Il ne suffit pas même d'établir que la chose a été livrée, car la tradition comme telle ne transfère que la possession; il faut établir que cette tradition a été faite dans le but de transférer la propriété. L'acte d'où résulte cette volonté doit donc être indiqué et prouvé. Est-ce un contrat de vente? il faut prouver en outre que le prix de vente a été payé ou porté en compte, car l'existence du prix est, dans la vente, la condition du transfert de la propriété. On le voit, la preuve est des plus difficiles. Quand celui qui doit prouver aura réussi à retrouver tous les détenteurs précédents jusqu'au propriétaire originaire, fabricant, producteur, occupant ou usucapant, et à constater leur rapport de succession, il devra, pour chacun d'eux encore, établir à combien s'élevait le prix de vente, si le prix a été payé ou porté au crédit. Qu'un seul chaînon vienne à manquer et toute la chaîne est interrompue.

Celui auquel la preuve est imposée doit suivre la chose dans toutes ses pérégrinations et remonter jusqu'à son premier point de départ : en un mot, il doit en écrire toute l'histoire. L'entreprise paraît si pénible que souvent, plutôt que de tenter pareille aventure, on renoncerait à la chose elle-même. Bien plus encore, si le transfert de la propriété n'est que la suite et l'exécution d'un autre acte, il faut nécessairement que tout motif de nullité qui affecte cet acte, dol, violence ou erreur, frappe également le transfert. Aussi longtemps que, grâce à l'usucapion, ce vice n'aura pas été purgé dans le chef de l'un des détenteurs,

il produira ses effets jusque dans les mains les plus éloignées.

La propriété ainsi organisée serait tout ce qu'il y a de moins pratique, elle occasionnerait mille peines et mille frais. Nous n'avons pas à montrer ici par quels moyens divers le droit romain a su aplanir toutes ces difficultés ([297]). Nous n'en citerons qu'un seul, mais c'est le plus intéressant. Il consiste dans la séparation analytique de l'élément de cause dans le transfert de la propriété. Nous allons abandonner ici la tradition; l'on en comprendra le motif plus tard ([298]). Il ne nous reste donc plus à examiner que la *mancipatio* et l'*in jure cessio*.

L'essence juridique de ces deux actes est d'effectuer un transfert de propriété abstrait ou dégagé de sa cause. La cause a une grande analogie avec le motif, mais elle en diffère cependant d'une manière essentielle. Le motif d'un acte est absolument sans influence pour le caractériser au point de vue juridique. Que l'on achète une chose parce qu'on en a besoin ou dans l'intention de rendre service au vendeur, que l'on donne par vanité ou par bienveillance, peu importe: la vente, la donation, sont comme telles des faits juridiquement compréhensibles et qui, chez le juriste, n'éveillent nullement la question: pourquoi? Mais il en est tout autrement quand il s'agit du transfert de la propriété. Le but ou la cause pour laquelle il s'opère n'est pas un simple motif, une impulsion toute individuelle, que chaque partie peut garder dans son for intérieur.

([297]) Usucapion, *act. publiciana, interd. utrubi*, nécessité de l'indication de la cause de la part du défendeur dans l'ancienne procédure de revendication (IV, 99).

([298]) V. la théorie des droits, où nous chercherons à établir que le *dominium* EX JURE QUIRITIUM dont il est seul question ici, était restreint à l'origine aux *res mancipi*. La structure de la tradition qui n'a obtenu que dans le droit nouveau sa force comme forme du transfert de la propriété des *res nec mancipi*, ne s'écarte pas beaucoup de la *mancipatio* et de l'*in jure cessio*.

C'est un élément constitutif de l'acte même, dans lequel se concentre l'accord des deux parties, c'est une condition commune de l'acte, c'est l'élément qui imprime à cet acte son caractère propre et en fait un paiement, une donation, une dation, etc., en un mot, une partie indispensable de la physionomie juridique de l'acte. Si cet élément ne nous apparaît point, s'il faut une recherche spéciale pour le découvrir, nous n'avons plus qu'une intelligence incomplète de l'acte. Le pourquoi de l'acte reste sans réponse et nous n'apercevons plus de l'acte que l'une de ses faces. Mais c'est précisément pour en arriver là, que toute cette marche a été tracée. Une circonstance, une seule, doit être recherchée pour apprécier le transfert de la propriété : c'est que l'intention des parties était d'opérer un transfert de propriété, toute autre intention accessoire de leur part étant écartée. La volonté abstraite de transférer la propriété, telle est la seule chose qu'il y ait à rechercher. Ces deux actes nous montrent ainsi, isolée absolument et dégagée, grâce à l'analyse juridique, de tout mélange d'obligation, la pure volonté de transférer la propriété. Pour les juger, il n'est pas besoin de rien comprendre au droit des obligations. Ce sont des faits qui se meuvent exclusivement sur le terrain de la théorie de la propriété : de purs *modes d'acquisition de la propriété.*

Une faculté puissante d'abstraction se manifeste dans la *mancipatio*; la haute antiquité à laquelle celle-ci remonte, prouve que les Romains ont eu de bonne heure cette faculté. Mais la forme de la *mancipatio* décèle encore l'idée de la nécessité de l'élément de cause dans le transfert de la propriété, car elle fait découler celui-ci d'un achat apparent immédiatement accompli d'autre part *(eaque mihi emta est hoc aere aeneaque libra).* Ce phénomène se reproduit dans l'obligation abstraite *(nexum* et contrat littéral). Par sa forme donc, et en reconnaissant expressément comme légitime l'élément qu'elle répudie en fait, la *mancipatio* fait jusqu'à un certain point l'aveu de son caractère artificiel.

Dans l'*in jure cessio* l'on n'aperçoit même plus cette rémi-

niscence purement extérieure de l'élément de cause. Elle est dans la forme ce qu'elle est au fond : un pur acte de transfert de la propriété. C'est un indice de son origine relativement récente. (III, 235). L'*in jure cessio* finit par s'appliquer aux *res nec mancipi*, lorsque celles-ci furent devenues susceptibles d'un *dominium ex jure Quiritium*. Cette circonstance permit à ces mêmes *res nec mancipi* de devenir l'objet d'un transfert abstrait de propriété, ce qui avec la *traditio* était impossible (299).

Quelle était donc, dans ces deux actes, l'utilité pratique de la séparation de l'élément de cause? Tout d'abord, elle simplifiait la preuve dans la *reivindicatio*. Elle dispensait le demandeur d'aller péniblement rechercher par quels actes la chose avait passé d'une main dans l'autre. Toutes les objections tirées de la nullité de ces actes échappaient ainsi au défendeur. La cause, en d'autres termes, n'était point un sujet de contestations, en matière de revendication, ni quant à la preuve principale, ni quant à la preuve contraire.

Le deuxième avantage, c'est que la forme dans laquelle se produisait l'élément de cause, était celle d'une action restreinte aux deux personnes immédiatement unies par l'acte en question, c'est-à-dire, d'une action personnelle (l'action du contrat ou les condictions pour défaut ou absence de cause). Si donc la propriété, par exemple, avait été transférée en vue d'une cause inexistante dès l'origine ou qui ne s'était point réalisée plus tard, cette circonstance donnait bien à celui qui avait donné, une *condictio ob causam datorum*, pour rétracter le transfert de la propriété opéré, mais, bien entendu, seulement contre celui qui avait *reçu* la chose. — La propriété même n'était pas viciée, elle passait librement de l'une main dans l'autre. Le droit nouveau a conservé ce mécanisme dans sa partie

(299) Circonstance qui n'est pas sans importance pour expliquer que l'on se servait pour les *res nec mancipi* de la cession en justice au lieu de la forme plus commode de la tradition.

essentielle pour le transfert de la propriété par tradition; il constitue peut-être une des plus heureuses idées du droit romain. En tous cas c'est une des plus fortes garanties pour la sûreté de la propriété. Ce serait une erreur de croire que tout cela était évident et s'indiquait de soi-même; le droit nouveau le prouve bien. Le droit nouveau a, dans quelques cas exceptionnels, suivi une voie toute opposée, témoins l'*actio quod metus causa,* la *restitutio in integrum* des mineurs ([300]), et dans certains cas, la condition résolutoire ([301]). Dans tous ces cas, le vice qui affecte la propriété à son début ne sera jamais couvert; la propriété est née chancelante, et le vice qui entache son origine imparfaite est un germe de mort qui tôt ou tard se développera, amènera sa perte, et fera pâtir jusqu'au successeur le plus éloigné qui n'en peut mais.

Pareilles actions en restitution ou en nullité, suivant la propriété en quelques mains qu'elle se trouvât, étaient totalement inconnues au droit ancien. Comme toutes les institutions du droit ancien, l'antique propriété romaine est saine et vigoureuse; elle n'a point de vice originel à redouter. Les actions

---

([300]) L. 13, § 1 de minor. (**4-4**)... *adversus rei possessorem, licet cum eo non sit contractum.* L. 14 ibid. — L. 9 pr. ibid. L. 1 Cod. si adv. vend. (**2-29**). (Mais non dans la *rest. majorum* comme on veut l'induire de la L. 30, § 1 ex q. c. maj. [**4-6**]). — L. 58 de re jud. (**42-1**).

([301]) A ces exemples, si la théorie dominante était exacte, se joindraient encore plusieurs autres cas de *reivind. utilis.* A mon avis, la condition résolutoire dans son aspect romain moderne (Jahrb. X, p. 570 s.) c'est-à-dire comme convention *réellement* protégée, est au point de vue législatif un des mécanismes juridiques les plus condamnables qui existent; la forme qui lui appartient, et qu'elle aurait dû garder toujours est celle de la demande personnelle (action du contrat ou *cond. causa data causa non secuta).* Dans sa forme romaine moderne elle présente un grand danger pour la propriété et peut donner lieu aux plus dangereuses confusions. Elle se reproduit il est vrai, à ce qu'il paraît, indépendamment du droit romain, dans le droit anglais. V. Gundermann Engl. Privatr. I, p. 241.

personnelles sont un dérivatif assuré qui remédie à tous les principes morbides qui pourraient lui nuire dans sa marche et la compromettre dans son contact avec l'obligation. Toute cause originelle d'annulation reste restreinte entre les deux parties immédiatement en présence; quant à la propriété elle-même, elle passe de l'une main dans l'autre, intacte. La faute de l'*acheteur* ne retombe point sur le *propriétaire*. Les conditions pour remédier aux défauts de la cause, absorbent tout ce qui pourrait devenir inquiétant pour la propriété; ce sont elles qui ont doué l'antique propriété romaine de sa vigueur et de sa stabilité.

Même au point de vue du rapport des parties directement en présence, la question de la propriété restait complètement isolée et indépendante. Il ne s'agissait nullement entre elles, même dans le procès de revendication, de discuter les vices qui pouvaient avoir affecté le transfert de la propriété (§ 62). Les deux procès, il est vrai, pouvaient être instruits en même temps et devant le même juge. L'objet de l'un et de l'autre procès était le même acte extérieur, mais considéré sous deux faces complètement différentes. Ici, il s'agissait de la propriété, là de l'obligation. Rien n'empêchait donc que le juge déclarât un seul et même acte de transfert de la propriété parfaitement valable sous le premier point de vue et caduc sous le second. Si un seul et même acte pouvait ainsi être diversement apprécié à des points de vue juridiques différents, c'est que le caractère juridique de l'acte même était double. Le juriste ne saurait assez méditer sur ce caractère double que peuvent présenter les faits juridiques. Toute dation — et il en est de même de toute disposition sur le patrimoine (par exemple, constitution d'une servitude, novation, cession, etc.), présente un double caractère juridique. Celui qui veut être précis, doit par conséquent la désigner sous des appellations différentes. L'acte qui ici s'appellera *mancipatio*, *traditio*, portera là le nom de *solutio*, *indebiti solutio*, *mutuum*, etc. Valable comme tel, comme tel il devra être déclaré nul. Le même juge qui aura reconnu et

protégé l'acte comme transfert valable de la propriété, pourra le rescinder comme *solutio* nulle, c'est-à-dire, prononcer l'obligation de retransférer la propriété (mais non abolir la propriété même). Le contraire aussi pourra arriver; le débiteur peut avoir satisfait à toutes ses obligations et néanmoins le transfert de la propriété n'être pas encore réalisé ([302]).

L'ancien droit des obligations reproduisait aussi l'idée de la séparation de l'élément de cause, telle que nous venons de la développer pour la propriété. Le transfert abstrait de la propriété trouvait son pendant fidèle dans l'*obligation abstraite*. Elle aussi était un produit artificiel. Nul ne promet un *dare oportere* sans savoir s'il le fait avec l'intention de donner, de nover, ou en retour d'une autre prestation, etc. Ici encore, ce fondement, ce but de la promesse n'était pas un simple motif, mais une véritable cause, ainsi que nous venons de le développer, c'est-à-dire, un élément indispensable pour l'intelligence complète du fait. La séparation de cet élément a donc ici la même signification que dans le transfert de la propriété; elle dégage le rapport des liens qui l'embarrassent, l'art le pousse sur les hauteurs de l'abstraction; des actions spéciales pourvoient au reste.

L'art a encore une part plus grande à ce procédé dans l'obligation que dans la propriété. Les éléments de celle-ci qui se

([302]) Nos sources offrent une foule d'exemples du premier cas, outre le cas connu de la *condictio indebiti, sine causa*, etc. V. Gaius, II, 84; *si debitor pecuniam pupillo solvat, facit quidem pecuniam pupilli, sed ipse non liberatur*. Sur le deuxième cas v. L. 55 de cond. (35-1) qui a pour objet un paiement à un incapable posé comme condition du legs : *conditioni parere debet et ducenta dare... licet nummos non faciat accipientis.* La distinction de la tradition et du paiement dans le dernier exemple est particulièrement importante pour l'appréciation exacte du cas où le débiteur a donné l'ordre de porter la chose sans que celle-ci soit déjà venue en la possession du créancier; on confond ordinairement les deux principes. V. Jahrbücher, IV, p. 419 s.

séparent, sont systématiquement d'espèce différente : propriété et obligation. Dans l'obligation, ils sont d'une seule et même espèce. Au reste, ici aussi, c'est la force des choses qui commande cette séparation. Ce qui le prouve, c'est que l'obligation abstraite se reproduit à toutes les époques et dans toutes les phases du développement du droit, dans la Rome la plus antique comme au moyen-âge et de nos jours, et cela malgré la résistance que la législation et la théorie — à tort, à mon avis — lui ont parfois opposée ([303]). Je n'aurai pas besoin de répéter, pour l'obligation spécialement, ce que j'ai dit ci-dessus (p. 207) de l'utilité pratique de cette opération dans la propriété. Je me bornerai à une seule remarque. Il semble à première vue que l'obligation n'ait aucun profit à attendre de l'avantage dont nous avons parlé ci-dessus en deuxième lieu. L'obligation ne circule point, dirait-on, comme la propriété, elle doit toujours rester limitée aux deux personnes qui se trouvaient originairement en présence. C'est une erreur. Le contraire nous est enseigné par l'obligation romaine à l'occasion de la délégation. De même que l'élément de cause de la propriété, lors du transfert de celle-ci à une autre personne, reste renfermé dans le rapport juridique des contractants, de même la cause de l'obligation originaire conserve son siége dans le rapport existant entre le déléguant et le délégataire — la propriété, l'obligation se transmettent libres et pures ([304]).

([303]) Par exemple, Justinien (note 190).

([304]) V. sur la délégation L. 12 de novat. (**46**-2)... *Sed si per ignorantiam promiserit creditori, nulla quidem exceptione adversus creditorem uti poterit, quia ille suum recepit, sed is qui delegavit, tenetur condictione....* L. 19 ibid. *Doli exceptio, quae poterat deleganti opponi, cessat in persona creditoris, cui quis delegatus est, idemque est in ceteris similibus exceptionibus.* L. 78, § 5 de Jure D. (**23**-3). Les juristes nouveaux admirent une exception, qui se représente aussi dans la propriété, à savoir lorsque le transfert dans la seconde main avait eu lieu à raison d'une donation. Comp. L. 7 pr. de doli exc. (**44** 4) et L. 4, § 29 ibid.

Les formes dans lesquelles le principe de l'obligation abstraite s'est réalisé en droit romain sont le *nexum*, le contrat littéral, la stipulation et une quatrième forme problématique. Les deux premières correspondent à la *mancipatio*. Au fond, elles ont répudié l'élément de cause, mais dans la forme elles l'ont retenu, car elles donnent pour motif à l'obligation du débiteur un prêt fictif. Dans le *nexum*, la chose se fait, comme dans la *mancipatio*, au moyen d'une représentation matérielle : le pesage apparent de l'argent. Dans le contrat littéral, l'imitation du prêt s'est affaiblie jusqu'à n'être plus qu'une simple constatation par écrit dans les livres domestiques *(acceptum et expensum ferre)*. Seule la stipulation a porté l'obligation abstraite à la hauteur que le transfert abstrait de la propriété a gravi dans l'*in jure cessio*. Jusqu'à l'attache purement nominale à l'acte qui lui sert de base a disparu. Il y a là un progrès remarquable dans la forme. Cette idée que la stipulation a déjà complètement abandonnée ne se représente plus que dans l'extinction de la dette stipulée, par *acceptilatio :* demande et réponse ne portent point : *dare* NON *oportere*, mais : *acceptum habere.*

De ces formes de l'obligation abstraite dont nous venons de parler, les deux premières ont complètement disparu dans le droit nouveau. La troisième, si même elle s'est extérieurement conservée, a vu disparaître tout son caractère originaire depuis qu'elle a accueilli l'élément de cause sous forme d'*exceptio doli.* Le droit nouveau remplaça ces formes anciennes par une autre sur laquelle nous n'avons, du reste, que des renseignements peu précis. Nous ne connaissons l'*actio receptitia* que par la Constitution dans laquelle JUSTINIEN l'abolit pour le commerce juridique ordinaire et la restreint passivement aux banquiers et aux marchands ([305]). Ce qui est certain et ce qui résulte de cette Constitution même, c'est que le principe de l'obligation

([305]) Il ordonne que quant à leurs reconnaissances de dettes *(si indefense constituerint)* on devra s'en tenir aux principes anciens. On devait donc

abstraite était parvenu dans l'*actio receptitia* à sa plus complète réalisation. Ce que JUSTINIEN lui reproche, en effet, c'est que le débiteur, malgré toutes les objections et malgré toutes les prétentions reconventionnelles qu'il avait à faire valoir, n'en devait pas moins commencer par payer, sauf ensuite à intenter lui-même une action pour se faire rendre justice ([306]). Or, c'est là précisément ce qui caractérise l'obligation abstraite. L'introduction de cette forme nouvelle démontre une fois de plus le caractère indispensable de l'obligation abstraite. L'idée de l'obligation abstraite avait perdu ses formes primitives : les unes avaient absolument disparu, les autres s'étaient affaiblies; elle se créa une forme nouvelle. JUSTINIEN voulut en interdire l'usage général. Le commerce juridique moderne s'en créa une nouvelle encore, au moyen de la lettre de change. Quelle était cette forme? écrite? orale ([307])? Exigeait-elle des termes solennels ([308])? Etait-elle limitée aux dettes d'argent ou s'étendait-

appliquer les principes de l'*actio receptitia* même lorsque l'on avait qualifiée d'*actio de constituto* l'action dirigée contre eux.

([306]) Les termes décisifs de la L. 2 Cod. de const. pec. (**4**-18) ont été reproduits à la note 190. Le seul renseignement en dehors de cette Constitution est de THÉOPHILE, IV, 6, § 8. V. aussi ci-dessus note 35.

([307]) THÉOPHILE, l. c. : *τραπεζίτου ἀντιφωνήσαντος (constituente)*, L. 2, § 2 Cod. cit. Les mots : INDEFENSE *constituerint* (sans défense c'est-à-dire en renonçant à toutes exceptions, d'une manière absolue, abstraite), ne tranchent pas la question.

([308]) Plusieurs auteurs l'admettent, par exemple, BRUNS, Zeitsch. f. R. G. I, p. 86, KUNTZE, Excurse p. 496. La chose est vraisemblable. Cette forme pouvait-elle aussi s'appliquer à la restitution d'une chose donnée? Le terme *recipere* ne fournit aucun argument à cet égard. Ce mot ne s'applique pas au créancier, qui *reprend* la chose donnée, comme dans la *dos receptitia* mais au débiteur qui a *pris* sur lui l'obligation. *Recipere* se retrouve souvent chez des écrivains non juristes, tantôt seul (*in se, ad se* ou *recipere* tout court), tantôt lié avec le terme *promitto, polliceor, dico, spondeo*, pour signifier : prendre sur soi une obligation (surtout celle d'un

elle aussi à d'autres choses (309)? Aucune hypothèse ne m'est permise à cet égard. Je ne puis cependant laisser d'émettre une conjecture sur le motif économique et la destination pratique de cette espèce particulière d'obligation. Le même besoin qui, au moyen-âge, donna naissance à la lettre de change : se procurer le paiement d'argent de l'étranger en monnaie du pays, devait aussi se faire sentir du temps du commerce universel de Rome (310). Les relations que les publicains, ces banquiers du monde romain, entretenaient sur toutes les places de l'univers, offraient pour atteindre ce but un moyen peut-être plus commode et plus sûr que l'intermédiaire des changeurs du moyen-âge. Ce fut ainsi, par exemple, qu'Atticus négocia pour Cicéron le paiement d'une somme d'argent que celui-ci destinait à son fils qui étudiait à Athènes; l'argent fut versé à Rome et payé à Athènes en monnaie du pays (311). L'esprit pratique des Romains ne permet point de douter qu'ils n'aient su trouver une forme qui procurât une action non-seulement à celui qui avait versé l'argent, mais encore au destinataire. Sans rejeter d'autres formes possibles, comme, par exemple, les *chirografa*

---

autre v. L. 8, § 1 ad Sc. Vell. (**16**-1), cependant on le trouve aussi employé pour exprimer l'obligation originaire, par exemple, Cicéron, ad fam. V, 8, 5 et passim). Le même terme est aussi usité comme substantif : *receptum et promissum.* Plaute, mil. glor. II, 2, 74. Terence, Heaut. V, 5, 12. Tite-Live, XXXIII, 13 i. f. Ciceron, ad fam. XI, 1, 4. XIII, 10, 3. XIII, 17, 50. ad Att. XIII, 1, 1. Cic., Phil. II, 32, 79. V, 18, 51. Cette expression ne paraît point avoir jamais été un terme technique.

(309) Rudorff, de jurisdictione edictum. p. 107, donne pour objet à son projet de formule un fonds, mais dans la L. 1, Cod. cit. pr. on lit après *res exigebatur, res indebitas consequi*, ces mots : PECUNIAS *indebitas.*

(310) Différence du cours du change d'après la diversité des places : L. 3 de eo quod certo (**13**-4); compensation établie au moyen de l'*actio arbitraria de eo quod certo loco.*

(311) Cicéron, ad Att. XV, 15, 4. *Cures, ut* PERMUTETUR *Athenas, quod sit in annuum sumptum ei. Scilicet Eros numerabit.*

et *syngrafa* des pérégrins ([312]), nous pouvons tenir pour très-vraisemblable que ce sont les nécessités que nous venons d'indiquer, ou pour tout dire en un mot, que ce sont les besoins du commerce du change à Rome qui ont donné naissance à l'*actio receptitia* et lui ont tracé sa destination. Nous pouvons nous expliquer ainsi que Justinien ait restreint la capacité de s'obliger par la voie du change à ceux que leur profession et leurs relations faisaient les intermédiaires naturels de ce commerce, aux changeurs d'argent *(argenti distractores)* et aux commerçants *(alii negotiatores)*. On s'explique fort bien, au surplus, que l'on ait pu maintenir dans un rapport pour lequel l'observation stricte des principes de l'obligation abstraite était une question de vie, une rigueur dont le droit romain s'était départi pour toutes les autres relations ordinaires. Le caractère solennel de l'action *(solennis verbis composita)* accentue encore plus son analogie avec le change moderne. L'ordonnance de Justinien se traduirait donc de nos jours, en ces termes : la capacité de s'obliger par la voie du change est restreinte aux changeurs et aux commerçants ; la forme de la lettre de change ne servira pas à reconnaître les dettes de la vie ordinaire.

Le transfert de propriété abstrait et l'obligation abstraite constituent, dans l'ancien droit, les cas principaux qui réalisent l'idée de la simplification analytique des conditions légales. Mais il est d'autres rapports encore auxquels le même principe s'applique. En voici un troisième dans lequel ce principe est moins apparent.

Lorsque plusieurs personnes participent à des obligations ou à des droits communs, l'exercice en justice de ceux-ci se complique à mesure que croît le nombre des intéressés ([313]). La

([312]) Gaius, III, 134 : *Quod genus proprium peregrinorum est.*

([313]) *Aequum enim Aedilibus visum est vel in unum ex his... actiones competere, ne cogeretur emtor* CUM MULTIS LITIGARE, L. 44, § 1 de aed. act. (21-1).

difficulté redouble lorsque des changements continuels s'opèrent dans leur cercle ou lorsque leur participation aux droits et aux devoirs qui leur sont communs est variable et incertaine. Quant aux intéressés entre eux, lorsqu'ils se décident à agir en justice, l'embarras n'est pas grand : ils sont dans le cas d'avoir une parfaite connaissance de leur situation les uns vis à vis des autres, ou bien encore ils peuvent se faire représenter par un mandataire commun. Mais il en est tout autrement du tiers qui veut intenter une action contre eux. Étranger à leur rapport commun, le tiers ignore jusqu'à quel point il peut mettre la responsabilité de chacun d'eux en cause. La demande la plus légitime, la prétention la plus incontestable pourra venir échouer devant un pareil écueil si l'on ne trouve un moyen d'écarter le danger. Mais la nature même des choses fournit le moyen de tourner le danger et cela est si vrai que nous retrouvons ce moyen en usage aux époques les plus diverses comme dans les rapports les plus différents. Ce moyen consiste tout simplement à appliquer le principe de la simplification analytique des conditions légales tel que nous venons de l'exposer. On écarte avec toutes ses difficultés la question de savoir comment se partagent entre les membres de la communauté les droits ou les obligations de celle-ci. On sépare le côté interne du rapport pour s'en tenir au côté extérieur et n'examiner la question de l'existence du droit qu'entre la communauté d'un côté et le tiers de l'autre. Techniquement cette séparation du côté subjectif du rapport est effectuée par la création d'un être artificiel dans lequel ce rapport se concentre et qui figure extérieurement comme sujet. Cet être juridique n'est en réalité qu'un masque ; il est le mécanisme qui sert de véhicule aux relations de la communauté avec l'extérieur. Il n'est pas lui-même l'ayant-droit. Les ayants-droit sont ceux qui sont intéressés dans la communauté, qui se meuvent derrière lui, et dont il n'est que le porte-voix. Extérieurement cependant il remplit le rôle des véritables intéressés : il agit, il contredit, il conclut les actes juridiques et les exécute.

Mandataire ordinaire, il ne l'est point, sinon la difficulté resterait tout entière. En effet, le mandataire ne fait point valoir son droit propre, mais bien celui de ses mandants. Obligé de justifier de ses pouvoirs, il doit toujours finir par se rabattre sur les rapports qui existent entre les communistes, sans compter la nature précaire du mandat auquel la mort ou la révocation peuvent toujours venir mettre fin. Toutes ces difficultés ne disparaissent réellement qu'à la condition que l'être juridique qui sert ici d'intermédiaire devienne le sujet extérieur du droit.

Presque partout se représente cette figure de l'être juridique porteur des droits d'une communauté ([314]). Son rôle dans le droit n'est pas épuisé par ce que nous venons d'en dire ([315]), mais pour le moment c'est le seul aspect sous lequel nous ayons à le considérer.

Il apparaît dans le droit romain sous une double forme. Dans la première, chacun des coïntéressés se montre à l'extérieur comme sujet du droit. Cela n'est possible que dans les rapports obligatoires, car l'obligation seule est susceptible de se multiplier à volonté, activement et passivement, *in solidum*. Telle était, paraît-il, la véritable destination de l'obligation corréale. Les personnes intéressées en commun concluaient le contrat *in solidum;* si c'était une stipulation, ou bien chacune d'elles promettait et stipulait *(correi stipulandi, promittendi)*, ou bien toutes se servaient de l'intermédiaire d'un esclave commun ([316]). Chaque intéressé devenait ainsi débiteur et créancier à la fois.

([314]) Par exemple, le *prodominus*, le *provassal* dans le droit féodal; L. 4, § 9 de fid. lib. (**40-5**)... *unum ex creditoribus constitui, cui caveatur omnium nomine.*

([315]) V. pour le surplus la théorie des droits exposée plus loin à l'occasion des rapports entre le droit et l'intérêt.

([316]) Activement: L. 29 de stip. serv. (**45-3**), et passivement: en lui donnant un ordre *(actio quod jussu)* ou en l'établissant *institor* à l'exploitation d'un commerce.

Quel que fût au surplus leur rapport entre eux, ou de quelque manière qu'il se modifiât dans la suite, le rapport juridique extérieur restait le même. Le Préteur trouva cet usage établi dans les relations et il y rattacha l'établissement de l'*actio institoria* et *exercitoria* qu'il accorda *in solidum* contre chacun des associés.

Suffisante lorsque le nombre des intéressés était restreint, cette forme devenait impossible lorsqu'il s'agissait de grandes communautés, de corporations ou de sociétés de publicains. On dut recourir à une autre forme pour ces cas et ainsi se forma le mécanisme que nous connaissons sous le nom de *personne juridique*. Quelle fut en réalité l'idée que s'en firent les Romains? Y ont-ils attaché cette idée abstraite qui induit si facilement en erreur sur le côté pratique du rapport et qui nous est devenue, à nous, si familière? Nous n'insisterons point sur ces questions. Ce sont des questions de pure doctrine, auxquelles on ne sacrifie que trop souvent la recherche de la véritable essence pratique de cette notion de la personne juridique. Pour nous, il nous suffira d'indiquer deux règles qui la résument entièrement ([317]). La première règle est qu'au sein de la personne juridique, les divers membres qui la composent sont les véritables ayants-droit. Ce ne sera que plus tard (§ 71) que nous pourrons rationnellement justifier cette assertion. Nous nous contenterons pour le moment de citer les associations de publicains où ce point n'est pas contesté. La seconde règle se formule ainsi : ce ne sont point les divers coïntéressés qui apparaissent extérieurement comme sujets du droit, dans la mesure de leur part respective, c'est la communauté qui

([317]) Dans ces derniers temps on a exactement reconnu la véritable essence des personnes juridiques et l'on s'est éloigné de plus en plus des abstractions malsaines de la doctrine antérieure. V. surtout Unger, Krit. Ueberschau, IV, p. 147 s. Bähr Der Rechtsstaat, p. 28-30 et Brinz, Lehrbuch der Pandekten § 226 s.

remplit ce rôle, comme investie de tous les droits partiels, la communauté comme ensemble de tous les ayants-droit. La combinaison de ces deux règles démontre que le mécanisme appliqué ici est techniquement le même que dans l'obligation corréale, seulement dans celle-ci le porteur du droit jouit d'une existence matérielle, c'est une personne physique, tandis qu'ici son existence est purement idéale. Dépouillé de cette forme technique, ce rapport n'est autre chose, au fond, que l'exercice des droits compétant à certaines personnes dont le nom est laissé dans l'ombre, réserve faite de leurs rapports entre elles, c'est-à-dire, du côté subjectif du droit. L'action est exercée au nom des ayants-droit quels qu'ils soient *(persona incerta)*, au nom de ceux que la chose concerne, et l'expression : *personne juridique* ne sert qu'à désigner les *intéressés*, sans autrement les faire connaître.

La même idée que dans le transfert abstrait de la propriété et dans l'obligation abstraite se reflète donc dans le procédé appliqué à la personne juridique : celle d'une simplification des conditions légales par voie analytique, au moyen de la séparation d'un élément sans influence sur le but déterminé que l'on se propose. Cet élément, du reste, ne cesse d'être présent, il est indispensable, et sans lui le rapport n'existerait point. Ces idées ne sont donc, toutes les trois, que des produits de l'art juridique, des mécanismes artificiels servant à faciliter la poursuite du droit [318].

Ce n'est point le droit privé seul qui soulève cette question des conditions légales. Elle se reproduit pour toutes les parties du droit et notamment pour le droit public. Si les actes juri-

---

(318) Nous n'avons pas à examiner ce que sont pour le reste les personnes juridiques. Elles ne nous intéressent ici qu'à raison de leur structure au point de vue de la technique juridique.

diques et les actions des personnes privées sont soumis à certaines conditions dont l'absence leur enlève toute force obligatoire, il est aussi de ces conditions pour les lois elles-mêmes et pour les actes des autorités publiques. Au-dessus des rapports de la vie privée s'élève l'intérêt de la stabilité, de l'ordre dans les relations publiques, en un mot, l'intérêt de l'ordre légal dans son ensemble. L'importance que présente la solution exacte de la question est donc plus grande encore pour le droit public que pour le droit privé. Si les conditions dont dépendent les actes et les institutions politiques ne sont pas telles que leur présence ou leur absence apparaissent à première vue, si elles soulèvent des doutes ou obligent à des recherches, il en résulte pour la société civile un danger immense, pour les consciences des tentations et des conflits sans nombre, pour le juge surtout, qui par position subit le premier le contrecoup de ces imperfections, la plus damnable des calamités. Donner une forme exacte à l'expression des conditions légales attachées à ces rapports, est donc pour la vie politique une question capitale. Examinons comment Rome a résolu ce problème pour le droit public ancien.

Nous allons prendre un fait historique bien connu. Clodius, pendant son tribunat, avait, en observant les formalités prescrites, envoyé Cicéron en exil et consacré sa maison. Rappelé par un décret du peuple, Cicéron voulut faire rétracter cette consécration, en établissant devant le collège des Pontifes, qui avait compétence en cette matière, la nullité des actes entrepris par Clodius. Voici comment il raisonnait. Clodius était né patricien; pour obtenir le tribunat, accessible aux seuls plébéiens, il s'était fait arroger par un plébéien, et émanciper ensuite de nouveau. Cicéron invoquait différents motifs pour combattre la validité de ces actes. Au jour où la *lex curiata* concernant cette arrogation avait été édictée, on avait observé le ciel *(servatum de coelo),* ce qui empêchait d'*agere cum populo* ce jour-là. Le rapport d'âge prescrit par le droit pontifical n'existait point entre Clodius et son père adoptif. Ayant ainsi établi ou cru

établir la nullité de l'arrogation, Cicéron concluait : Si l'arrogation n'était pas valable, Clodius n'avait pu devenir plébéien et par conséquent n'avait pu être élu tribun du peuple. Or, si ce dernier caractère lui manquait, tous les actes qu'il avait faits en qualité de tribun et notamment la consécration de la maison de Cicéron, étaient entachés de nullité (319).

Toute cette déduction repose sur deux considérations dont elle suppose l'exactitude. D'abord, toute contravention du droit ecclésiastique ou séculier entraîne la nullité de l'acte ; et ensuite, cette nullité se communique à tout ce qui est entrepris ultérieurement sur la foi de cet acte. On pourrait désigner ce raisonnement sous le nom de *théorie de la nullité politique absolue.* Il serait impossible de lui dénier une certaine apparence de vérité, surtout à la seconde règle. Comment, en effet, un germe mort-né pourrait-il propager la vie ? Un pareil système néanmoins, ne peut se concilier avec l'intérêt de l'ordre et de la sécurité publics. Moins que tout autre peuple les Romains étaient d'humeur à sacrifier les buts et les exigences réelles de la vie au désir de satisfaire à une pure correction théorique. Encore cette correction, ce système ne la réalise-t-il point. Son apparence de nécessité logique est toute de surface, car en thèse générale, tout ce qui est faux et irréalisable en pratique ne peut être juste en théorie.

En fait, le droit public ancien de Rome s'y prit tout autrement. La solution qu'il donna au problème fut aussi simple que vraie et aussi exacte au point de vue de la pratique qu'irréprochable au point de vue de la logique.

Le droit religieux, le *fas,* on le sait, soumettait tous les actes de la vie publique à une foule de conditions. Ces actes ne pouvaient s'accomplir qu'à certains jours et seulement si les auspices étaient favorales, si le ciel ne présentait point de

(319) Cicéron, de domo. Cette déduction se trouve reproduite en résumé dans son discours de provinciis consularibus, XIX, 45.

présages menaçants, etc. L'inobservation de ces prescriptions revêtues de la sanction divine semble là plus qu'ailleurs, avoir dû entraîner la nullité de l'acte. Mais les Dieux eux-mêmes, à Rome, se soumettaient aux considérations de l'opportunité pratique! Un augure, ou en campagne le *pullarius*, commettait une faute dans l'observation des signes, il avait à dessein pour ne pas entraver l'acte qui se préparait, dénaturé la vérité, le fonctionnaire qui l'avait appelé en était instruit, et il n'en entreprenait pas moins l'acte en question. Celui-ci était-il nul? En aucune façon. L'observation des auspices est l'affaire de l'augure, son obligation est d'y procéder d'après les lois de son art; s'il contrevient à celles-ci, il est seul en faute et le châtiment en retombe sur lui ([320]); mais le magistrat n'a point à s'en préoccuper, il ne connaît que la décision de l'homme du métier, il n'a ni le droit ([321]), ni le devoir ([322]) de la soumettre à un examen ultérieur. Donc, en droit, la *publication* des auspices favorables est la seule condition dont il doive se préoccuper. Ce n'est point que les Romains aient remplacé la chose par le mot ([323]); le fait

([320]) S'il avait agi sans intention déterminée *(piaculum commissum)* il expiait sa faute au moyen d'une *piacularis hostia*, (VARRON, de L. L. VI, 30), sinon outre la peine divine (TITE-LIVE, X, 40) il était frappé par la *nota censoria* (CICÉRON, de divin. I, 16, 19). Celle-ci dans les cas analogues atteignait aussi les fonctionnaires politiques (GELLIUS, XIV, 7, 8). D'autres peines, (elles nous sont du moins attestées pour les employés séculiers en cas de violation de ces prescriptions, CIC., de div. II, 33. VAL. MAX., I, 4, 3), menaçaient encore sans aucun doute l'augure qui avait manqué à ses devoirs.

([321]) CIC. Phil. II, 35, 88 : *ementita auspicia, quibus tamen parere necesse erat.*

([322]) TITE-LIVE, X, 40... *si quid falsi nuntiat*, IN SEMET IPSUM RELIGIONEM RECIPIT, *mihi quidem tripudium* NUNTIATUM, *populo Romano exercituique* EGREGIUM *auspicium est.* Cela n'est pas contredit par TITE-LIVE, XLI, 18, i. f.

([323]) DANZ, Sacraler Schutz, p. 238 et DEMELIUS, Die Rechtsfiction,

eût été injustifiable; mais le magistrat qui avait chargé les augures d'observer les auspices devait respecter leur jugement au même titre que le Préteur devait s'incliner devant la décision du *judex* qu'il avait constitué. En d'autres termes, la condition de l'observation exacte des auspices revêt la forme d'un devoir professionnel imposé à l'augure; rien n'est exigé quant à l'*acte* par lequel il constate la présence d'auspices favorables, les prescriptions du *fas* ne s'adressent qu'à sa *personne*.

La *legis actio* qu'un Préteur avait laissé entreprendre dans un *dies nefastus* était-elle nulle? L'observation des époques et des jours prescrits était une des lois fondamentales du droit sacré, mais cette prescription n'existait pas pour les parties, auxquelles on ne pouvait imposer la connaissance et l'observation exactes du calendrier ([324]), elle était uniquement imposée au magistrat ([325]). Une inobservation en pareille matière constituait donc bien pour le magistrat une violation de ses devoirs et l'exposait à une peine, mais les effets de la violation de son devoir ne s'étendaient pas plus à l'acte que la violation de l'obligation de la part d'un vendeur qui vend la chose une deuxième fois et la livre au deuxième acheteur, ne s'étend à la tradition — l'acte était valable ([326]).

---

p. 15. SCHWEGLER, Röm. Gesch. I, p. 772, note 2 y voit un principe particulier de la discipline étrusque.

([324]) Aussi cette condition ne trouvait-elle aucune application à la *legis actio per pignoris capionem* puisque celle-ci n'exigeait pas toujours l'intervention du Préteur.

([325]) Tous les textes qui en parlent s'expriment de cette manière, par exemple, VARRON, de L. L. VI, 29, 30, VII, 53 : PRAETORIBUS *licet fari*, PRAETOREM *nefas fari*. OVIDE, Fasti I, 51 : PRAETOR *verba libera habet*. J'ai déjà fait remarquer (III, 560) ce point souvent méconnu (PUCHTA : jours auxquels une *legis actio* n'était pas *possible*). V. aussi O. E. HARTMANN Der Ordo Judiciorum, p. 16.

([326]) VARRON, l. c. *Si... quem manumisit, ille nihilo minus est liber sed vitio.* Ce vice qui entachait la *manumissio* n'entraînait certainement point

On aperçoit déjà d'une manière suffisamment claire, par quel procédé le droit ancien a résolu le problème. Il nous reste encore à étudier deux autres rapports, d'une portée politique autrement grande, pour en arriver à nous convaincre que nous sommes en présence d'un système politique complètement muri et profondément médité. Ces deux rapports sont : l'élection des magistrats et la publication des lois.

Le premier de ces deux rapports est tout spécialement propre à mettre le système en pleine lumière. Nous avons pour en juger des sources de la plus haute antiquité, et de plus nous possédons le texte d'une règle appliquée spécialement au cas qui nous occupe, et qui nous donne la formule de tout le système. *Magistratus vitio creatus nihilo secius magistratus* (327). Cette expression VITIUM (328), empruntée à la discipline augurale, caractérise nettement le système lui-même. Nous le nommerons désormais le système des vices politiques.

Voici en peu de mots comment s'effectuait l'élection des magistrats. Toutes les conditions établies à ce sujet, soit par des

---

la même suite qu'en droit public (v. plus loin), c'est-à-dire, la rescision de l'acte. Pareille conséquence n'aurait pu se concilier avec le principe que la liberté une fois accordée ne pouvait être reprise et serait notamment resté sans application aux *legis actiones*.

(327) VARRON, de L. L. VI, 30.

(328) V. dans BRISSON de voc. ac form. I, c. 205 des sources non encore employées pour cette matière. Cette expression appelle involontairement le parallèle avec le *vitium possessionis*, celui qui voudra s'en souvenir dans l'étude qui suit, se convaincra que le principe est le même dans les deux cas. — On n'aurait qu'à remplacer dans la formule ci-dessus le mot *magistratus* par celui de *possessor*. — Le caractère *relatif* du vice, notamment est une preuve frappante de l'admirable précision et de la haute antiquité de la terminologie. Vis-à-vis des tiers, le *possessor injustus* se trouve dans la même position que le *magistratus vitiosus* vis-à-vis du peuple ; le premier, est aux regards de *possessor justus*, comme le second est aux yeux du Sénat.

lois, soit par le droit coutumier, qu'elles soient de nature positive ou inhibitive, sont conçues sous forme de prescriptions adressées au magistrat qui conduit les comices électoraux. Celui-ci est responsable de leur observation: son serment professionnel, la perspective de sa mise en accusation, et de la peine dont il pourrait être atteint, après l'expiration de ses fonctions, répondent de l'accomplissement de son devoir. Mais s'il se laisse entraîner à méconnaître ces prescriptions en proclamant à la fin des comices, comme élu *(renuntiatio)*, quelqu'un dont il aurait dû repousser l'élection comme entachée de nullité, le proclamé, lorsque l'époque de son entrée en fonctions est arrivée est magistrat; nul ne peut lui refuser obéissance; bien que *vitio creatus*, il n'en est pas moins magistrat: *nihilo secius magistratus*. Seule, la plus haute autorité, le Sénat, peut le revoquer, soit spontanément, soit sur la proposition qui lui en est faite, et après que le *vitium* a été constaté dans la forme voulue, (par exemple, par décision du collège des augures). Encore son élection ne peut-elle être déclarée nulle; ce serait du même coup proclamer la nullité de tous les actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions [329].

---

[329] V. au contraire les considérations que fait valoir Ulpien dans la L. 3 de off. praet. (1-14). D'après Marquardt, dans Becker, Handbuch der röm. Alterth. IV, p. 349, lorsque le magistrat cessait ses fonctions, toutes les dispositions prises par lui et toutes les lois faites sous sa présidence étaient déclarées nulles. Pourquoi pas aussi les Senatus consultes, auxquels il avait participé, les *judicia publica, privata*, etc.? Les textes que cet auteur invoque ne disent mot d'une règle pareille, absolument impossible du reste en pratique. Comparez au contraire Plutarque, Cato. min. 40 et Plut. Cicero, c. 34. Plutarque cite le procédé violent et illégal de Cicéron à son retour de l'exil, voulant casser les actes de Clodius pour le motif que celui-ci avait obtenu le tribunat d'une manière illégale : au Sénat Caton s'opposa énergiquement à pareille mesure; il soutint qu'il serait inoui et violent que le Sénat décrétât l'annulation de tant de décrets et d'actes. On pouvait rendre le fonctionnaire responsable, mais toute sa gestion n'en devait pas moins rester debout.

On ne peut que l'obliger à se démettre de ses fonctions *(se abdicare magistratu)* (330). En le reconnaissant ainsi, jusqu'au moment de sa démission, comme légitime dépositaire de ses pouvoirs, on assurait le passé, on dissipait l'influence fâcheuse que devait avoir le doute sur la validité ou la révocabilité de ses actes officiels. Même, à mon avis, le Sénat n'aurait pas eu le droit de rescinder aucun de ces actes officiels en se basant sur le vice de son élection, car, dans cette hypothèse, le Sénat aurait dû, sous peine de contradiction, casser tous les actes accomplis. Pour atteindre l'un ou l'autre de ces actes, il fallait trouver des motifs de nullité qui s'y rapportassent spécialement (331). Il est vrai que jamais les motifs ne faisaient défaut lorsqu'on était décidé à les trouver.

Tout cela, on en conviendra, était heureusement conçu : c'était simple, clair et sûr. Le même procédé se rencontre dans toutes les lois de la république, dans les plus anciennes comme dans les plus récentes : preuve curieuse de l'origine antique d'un système de droit politique arrêté, à Rome, en même temps que de l'esprit profondément conservateur des Romains. C'est ainsi que la *Lex Julia municipalis* (de 709) (332) ne fait que reproduire les dispositions des *leges Valeriae* (305) (333) défen-

---

(330) Cicéron, de nat. deor. II, 4, 11 : *augures ad senatum, senatus : ut abdicarent consules*; *abdicaverunt*. id. de legib. II, 12, 13 ; II, 35. Tite-Live, IV, 7. V, 17. VIII, 15 ; 23. XXII, 33.

(331) Par exemple, Cicéron, Phil. XIII, 3 : *leges refixistis,* per vim et contra auspicia *latas decrevistis.* C'est en ce sens restreint qu'il faut entendre les mots : *Acta Antonii rescidistis* qui précèdent. Cic. de domo 15, 40. 16, 41.

(332) V. les chap. 5 à 10 de cette loi.

(333) Tite-Live, III, 55 : *ne quis ullum magistratum sine provocatione* crearet; *qui creasset eum jus fasque esset occidi.* Une contravention à cette prescription devait être reconnaissable à la rédaction de la formule de la *rogatio,* peut être aussi de la *renuntiatio.* Le dicere *dictatorem* ne rentrait point dans les termes de la loi.

dant d'élire des magistrats *sine provocatione*. Cette défense était conçue dans la forme d'une instruction adressée au magistrat qui présidait aux comices électoraux; elle comminait dans les *leges Valeriae* la peine de mort en cas de désobéissance. Pour quiconque est quelque peu au courant du langage juridique des Romains, la forme même de cette défense implique et résume tout ce que nous venons de dire. L'inobservation des injonctions adressées au magistrat n'entraînait point la nullité de l'élection; elle faisait seulement encourir une peine au magistrat coupable, ou pour nous servir du langage même des Romains, ces lois étaient non point des *leges perfectae,* mais *minus quam perfectae* (334). L'empire abandonna bientôt les traditions politiques de la république. Dès le premier siècle de l'ère impériale, les lois sur l'élection des fonctionnaires accueillirent des dispositions dont on chercherait vainement un exemple dans les lois de la république (335). A l'époque des juristes classiques les traditions de la doctrine politique de la république s'étaient affaiblies à tel point que deux d'entre eux crurent devoir justifier par force raisonnements, une décision qui leur semblait douteuse et controversable, et qu'à l'époque de la république, leurs devanciers eussent tout simplement basée sur la règle : *magistratus vitio creatus nihilo secius magistratus* (336).

(334) Ulp. Fr. Prooem. § 2.

(335) Par exemple, la *Tabula Malacitana,* c. 61 de patrono cooptando. On y emploie d'abord l'ancienne forme traditionnelle : a) *ne quis cooptato...* etc., b) *qui... cooptaverit... dare damnas esto),* puis suit l'addition moderne : *is, qui... cooptatus erit*, NE MAGIS OB EAM REM PATRONUS MUNICIPUM MUNICIPII FLAVI MALACITANI ESTO.

(336) Il s'agissait de la validité des actes officiels du Préteur Barbarius Philippus dont on avait appris, mais après coup, qu'il était un esclave fugitif. Dans les derniers temps de l'empire il faut évidemment beaucoup moins encore s'attendre à voir invoquer la théorie ancienne. V. le titre du Code Theod. XV, 14 *de infirmandis his quae sub tyrannis aut barbaris gesta sunt.*

Mais cette question n'a qu'une importance secondaire pour le but que nous poursuivons. Nous n'insisterons donc pas plus longtemps sur ces détails, bien qu'ils soient de nature à donner une connaissance exacte de la magistrature romaine. Qu'il me soit permis, cependant, de faire valoir, à ce sujet, une dernière considération.

En examinant le jeu du mécanisme que nous venons de décrire, on remarque que le résultat de l'élection faite par le peuple n'était complet dans la forme et définitivement acquis qu'à la suite de la *renuntiatio* faite par le président. Il semble donc que ce dernier acte était seul décisif et qu'en réalité c'était le président qui créait le magistrat. Nos sources emploient même fréquemment cette expression. C'est elle qui a fait surgir l'opinion (337) que la magistrature n'avait point ses racines dans la souveraineté du peuple, mais qu'elle se recrutait elle-même, que le pouvoir qu'elle octroyait n'émanait point de la volonté populaire, mais procédait d'elle-même. Le suffrage du peuple, d'après cette opinion, se serait réduit à un simple droit de présentation ou de pétition. Il est vrai que parfois les fonctionnaires agissaient comme s'il en était ainsi. Les choses en arrivèrent même à ce point, à l'époque de la décadence romaine, que l'on vit deux consuls proclamer leur propre élection sans qu'il eût été procédé à aucun vote préalable (338). Mais dans ce cas la violation de l'esprit de la constitution était tout aussi flagrante, à mon avis, qu'elle le serait si, de nos jours, le souverain refusait de promulguer une loi votée par les pouvoirs publics. La loi ne devient telle que grâce à la promulgation qui en est faite par le souverain, mais cette promulgation ne dépend ni de son appréciation ni de son bon plaisir. Le souverain *doit* promulguer la loi. Le magistrat romain, lui aussi, devait s'incliner devant le résultat du vote et le publier,

(337) Rubino, Untersuchungen über röm. Verf. p. 13 s.
(338) Tite-Live, Epit. lib. 80.

pourvu qu'il ne fût pas juridiquement attaquable ([339]). Qu'il pût, en fait, se soustraire à ce devoir, qu'il y ait des exemples où, pour le salut de l'Etat, il ait osé s'y soustraire, ces faits ne doivent pas donner le change sur le véritable caractère de sa position. L'augure aussi pouvait dissimuler les auspices réellement observés, seule la *nuntiatio* qu'il avait faite donnait force obligatoire à la volonté des Dieux, et son interprétation liait souverainement le magistrat. Cependant l'augure n'était que l'organe de la volonté divine, il ne faisait que la proclamer. Tels étaient aussi les fonctionnaires par rapport à la volonté du peuple. Il pouvait bien, en fait, escamoter la décision du peuple ou s'en rendre les maîtres, politiquement ils n'en étaient que les serviteurs.

Ce système trouva son application la plus heureuse dans la question de la validité des lois. Publiée dans la forme voulue ([340]), la loi demeure loi, quels que soient les vices dont elle peut être entachée. Qu'elle ait été faite sous l'empire de la contrainte ou de la violence ([341]), ou malgré des auspices défavorables ([342]), que l'on n'ait pas, à son sujet, observé les formalités préliminaires d'usage ([343]), tant que le Sénat ne l'a point

---

([339]) Par exemple, Tite-Live, XXIV, 8. Val. Max., III, 8, 3. Les principes sur l'élection aux emplois publics reposaient en grande partie sur des usages, ils manquaient par cela même de précision (Tite-Live, XXXIX, 39 et s.) et cette circonstance doit avoir contribué souvent à revêtir la résistance des apparences et des formes de la légitimité.

([340]) Cette forme devait consister dans la publication de vive voix de l'adoption de la loi.

([341]) Par exemple, Tite-Live, Epit. lib. 69. Cic. Phil. XIII. 3 : *per vim et contra auspicia latas decrevistis.*

([342]) Cic. Phil. III, 5, 9 id. de harusp. resp. XXIII, 48. *Augures interrogabat, quae ita lata essent, rectene lata essent. Illi* VITIO *lata esse dicebant.*

([343]) *Lex Caecilia Didia* sur la promulgatio trinûm nundinûm. Cic. de domo XVI, 41 *Decrevit Senatus, M. Drusi legibus, quae contra legem Caeciliam et Didiam latae essent, populum non teneri.*

révoquée, elle reste, pour tous, obligatoire. Cette révocation se faisait de la même manière que celle de l'élection vicieuse des magistrats. La loi n'était point déclarée *nulle*, elle était abrogée ([344]); en d'autres termes, cet acte n'avait point d'effet rétroactif, il n'avait d'effet qu'à partir du moment où il était proclamé : donc, restaient valables toutes les dispositions et les autres mesures prises, tous les jugements prononcés en conformité de la loi; seul le coupable répondait de sa faute.

Il est une autre question qui présente un intérêt tout spécial. C'est celle des lois inconstitutionnelles, qui renversent un principe fondamental de la constitution romaine ou qui ne le violent que dans un cas particulier. A s'en rapporter à l'autorité de Cicéron, pareille loi n'aurait eu aucun effet ([345]). Mais en cette occasion surtout le témoignage de l'orateur romain est plus que suspect. (V. plus loin.) Qu'en serait-il résulté du reste? C'est que chaque citoyen aurait pu s'ériger juge de la constitutionnalité des lois. Il est superflu d'insister pour démontrer combien cela eût été en désaccord avec l'harmonie que nous avons vu régner jusqu'ici dans tout l'ensemble des institutions romaines et quelle brèche eût été ainsi ouverte à tous les dangers que le droit public ancien s'était si sagement et si prudemment appliqué à prévenir partout ailleurs. Mais d'un autre côté il y avait des lois, il y avait des institutions que le *fas* et le *jus* avaient revêtu d'un caractère de complète inviolabilité, telles étaient les *leges sacratae*, conclues avec la plèbe. Cela ne peut être contesté. Mais ici nous voyons apparaître de nouveau tout ce que le sentiment de la correction des formes avait d'ingénieux. Une

---

([344]) Cic. de leg. II, 12, 31 : *legem, si non jure rogata est,* TOLLERE. Tout juriste connait la portée de cette expression : TOLLERE. V. aussi la note précédente : *non teneri* (c'est-à-dire à partir de ce moment) et VITIO *lata* (note 342).

([345]) Cic. pro Caec. 33. de repub. III, 22.

loi, même revêtue du sceau de la consécration divine, et qui ne peut-être abolie, est un non-être aux yeux des Romains. Déjà la loi des XII tables avait proclamé que la loi postérieure abolit la loi antérieure ([346]). Pour rendre la loi inviolable, on ne déclarait point que son abrogation serait impossible, on ne faisait que défendre ([347]) toute tentative d'abrogation sous la menace de certaines peines ([348]). Ces peines, lorsqu'il s'agissait de *leges sacratae*, comportaient même la *sacratio capitis et familiae*. La peine comminée par la loi atteignait celui qui avait proposé l'abrogation, même lorsque le peuple avait accueilli sa proposition, car le dépôt de pareille proposition tombait encore sous le coup de la loi ancienne, la loi nouvelle n'ayant d'effets qu'à partir de sa publication. Pour détourner ce danger, l'auteur ajoutait à son projet une clause

---

([346]) TITE-LITE, VII, 17. IX, 33, 34.

([347]) CIC. ad att. III, 22... *eam abrogari non* OPORTEAT et la formule dans la note 352. Cette menace de peines (la *sanctio legis*) était la clause finale habituelle de toutes les lois. V. CICÉRON ibid : *neque enim ulla est, quae non ipsa se saepiat difficultate abrogationis.*

([348]) Sous la notion de : *contra* ou *adversus* EAS FACERE (CIC. pro Balbo, 14, FESTUS s. v. sacratae) tombait aussi et même principalement la proposition d'abroger la loi. V. la formule de la note 349 : CONTRA *alias leges ejus legis ergo* (à cause de la nouvelle loi, c'est-à-dire pour la faire passer) FACTUM *sit.* — L'institution se reproduit encore ailleurs, par exemple, chez les Locriens où Zaleukos avait ordonné que tout homme qui ferait un projet de loi eût la corde au cou et fût étranglé si le projet succombait. (V. K. F. HERMANN, Ueber Gesetz, Gesetzgebung und Gesetzgebende Gewalt im Griech. Alterthum. Göttingen, 1849, p. 57) et à Florence pour l'abrogation des ordonnances de justice édictées contre les magnats. K. HEGEL, Die Ordnungen der Gerechtigkeit in der Florentinischen Republik (Universitäts programm) Erlangen, 1867, p. 20 : « Le podestat ou Capitan, qui permettait une pareille délibération dans l'assemblée du conseil dont il avait la présidence était déclaré déchu de ses fonctions et frappé d'une amende; les conseillers étaient aussi punis de fortes amendes. »

destinée à lui assurer l'impunité (349). Le moyen, cependant, n'était pas toujours bien sûr. Le rejet de la proposition par le peuple, entraînait le rejet de la clause d'indemnité. Le premier effet nouveau de la loi attaquée sans succès était de punir l'auteur de l'attentat entrepris contre son existence. Ce n'était donc pas une entreprise sans dangers que de toucher aux lois et institutions existantes. Celui qui n'était pas complètement certain de son fait — et que de choses pour compromettre le résultat : l'humeur du peuple, l'agitation des partis, l'inconstance d'un fonctionnaire influent, la chicane ou la vénalité des augures, etc., — bref, celui qui ne se sentait pas le maître de toutes ces circonstances, de l'existence desquelles dépendait l'adoption définitive de son projet de loi, jouait un jeu dangereux où il exposait sa fortune, sa liberté et sa vie même. C'était la responsabilité ministérielle de l'antiquité romaine (350), la sauvegarde contre les changements de la constitution. Il est évident, cependant, que lorsque le temps avait fait justice d'une loi (351), l'abrogation de celle-ci ne rencontrait guère d'obstacle. On cherchait encore à s'assurer de l'impunité au moyen d'une autre clause. L'auteur de la proposition déclarait ne la faire que si elle était légalement permise. Mais cette clause n'avait un sens sérieux que lorsqu'il était douteux que le projet dût encourir la sanction pénale d'une loi antérieure (352).

(349) Caput tralatitium de impunitate, si quid contra alias leges ejus legis ergo factum sit. Cic. ad Att. III, 22. L'efficacité de la formule ne se bornait du reste pas seulement à cette condition. V. par exemple, la *sanctio* de la *Lex de imperio Vespasiani*. (Heineccius, Antiq. rom. I, 2, 67).

(350) Comme on le sait, les projets de loi ne pouvaient émaner que des détenteurs des fonctions les plus élevées de l'État.

(351) Cicéron, l. c. *Si vides nunquam esse observatas sanctiones earum legum, quae abrogarentur.* (il faut lire *abrogari vetentur*).

(352) D'après Cicéron, l. c., cette clause s'était présentée pour la première fois dans le projet de loi qu'il mentionne; mais il se contredit lui-

Si l'on se retrace maintenant les cas que nous venons de parcourir, peut-on douter encore que l'on se trouve en présence d'un système profondément médité et admirablement perfectionné? De plus amples détails deviennent donc inutiles ([353]). L'idée fondamentale de toute la matière est que les conditions des actes et des mesures de l'autorité publique se divisent en deux classes ([354]). La première se compose des éléments constitutifs de l'acte. Elles ne me paraissent intéresser que la forme. L'acte doit émaner de l'autorité compétente et avoir été fait dans la forme prescrite. Toutes les conditions qui concernent le fond de l'acte sont rangées dans la seconde classe. Moins impératives, elles se présentent en termes d'ordonnances, de prohibitions, en un mot d'injonctions, adressées à l'auteur de l'acte. Sa fidélité au devoir, le respect de son serment, la menace de la peine garantissent leur observation; lors même qu'il les foule aux pieds, l'acte est valable en soi. Au contraire, la garantie de l'observation des conditions de la première classe

---

même dans pro Caecina c. 33 : *adscripsisse* SULLAM *in eundem legem* : SI QUID JUS NON ESSET *rogari, ejus ea lege nihilum rogatum*. Dans l'autre passage il reproduit la formule complète : *Si quid in hac rogatione scriptum est, quod per leges plebisvescita promulgare, abrogare, derogare, obrogare* SINE FRAUDE SUA NON LICEAT, *non licuerit, quodre ei qui promulgarit*, etc. *ob eam rem* POENAE MULTAEVE *sit, E. H. L. N. R.* (*ejus hac lege nihil rogatur*). Dans VAL. PROB. de notis ant. § 3 se rencontre une rédaction quelque peu différente : *si quid* SACRI SANCTI *est, quod non jure sit rogatum, ejus hac lege nihil rogatur*; v. aussi CIC. pro Balbo, 14.

([353]) Par exemple, par rapport à la validité des Senatusconsultes, v. par exemple, GELLIUS, XIV, 7, § 7, 8.

([354]) Cette distinction se traduit généralement par les mots : *necesse est* d'une part, et *oportet, opus, fas est* ou *non est*, d'autre part. v. par exemple, MACROBE, Sat, I, 16, § 25 : *praefari* NECESSE EST, *quos nominari atro die* NON OPORTET. VARRON de L. L. VI, 30 NEFAS *fari*... NECESSE *enim aliquo eorum uti verbo*. CIC. ad fam. I, 9 § 25 : *legem curiatam consuli* FERRI OPUS ESSE, NECESSE NON ESSE.

est dans la nullité de l'acte. Elles sont telles que tout le monde peut juger de leur accomplissement. On les entend, on les voit, tout doute est impossible, la nullité se manifeste d'emblée. Un candidat élu par toutes les centuries mais non *renuntiatus*, n'était point magistrat. Au contraire, une fois *renuntiatus*, son élection fût-elle entachée de toutes les fautes possibles contre le droit religieux et profane, il était magistrat, il restait magistrat, jusqu'à ce que, sur l'ordre du Sénat, il se fût démis de cette dignité.

Quiconque voudra se donner la peine de contrôler les déductions de Cicéron (p. 281), sur la base du droit romain positif, ne pourra y trouver qu'un enchaînement de pures inexactitudes. Il ne s'étonnera point (ce que Cicéron, du reste, a la naïveté de confesser lui-même) ([355]), qu'elles n'aient point trouvé grâce aux yeux d'autorités plus compétentes que lui en matière de droit public, et dont, du reste, toutes les sympathies lui étaient acquises (par exemple, Caton, note 329). Lors même que les Pontifes eussent négligé dans l'arrogation de Clodius, toutes les règles de leur droit, il ne s'ensuivait pas le moins du monde, comme le conclut Cicéron, qu'elle dût être déclarée nulle ([356]). L'observation de ces règles n'était pour les Pontifes qu'une question de discipline. Lors même que ce jour-là des observations du ciel eussent été faites, la *lex curiata* sur l'adoption eût été vicieuse, mais non nulle. Lors même, enfin, que Clodius fût devenu plébéien et tribun du peuple d'une manière vicieuse, les actes qu'il avait faits en cette dernière qualité, étaient et demeuraient valables.

Jetons maintenant un regard rétrospectif sur l'idée de la simplification analytique des conditions légales. Et tout d'abord remarquons que le système politique que nous venons de dé-

---

([355]) Cic. de domo c. 16, 42.

([356]) Cic. ibid. 14, 38... *contra omne pontificium jus factam* PRO NIHILO ESSE HABENDAM.

crire ne contient autre chose que l'application de cette idée. Le mécanisme que le droit privé faisait mouvoir dans la *mancipatio*, l'*in jure cessio* et les obligations abstraites, fonctionnait également pour la loi, il s'appliquait à l'élection des magistrats et à tous les actes officiels des pouvoirs politiques et religieux. Chaque rapport se scinde en deux parties. La première, qui reste la partie essentielle et absolument indispensable, comprend les *conditions légales* du rapport. Dans les actes politiques, elle se réduit pour ainsi dire, au fait abstrait, au simple énoncé de la mesure prise, à sa publication. L'autre partie, au contraire, représente la force obligatoire attachée au rapport : c'est, en droit privé, l'obligation, en droit public le devoir officiel imposé par la loi, la coutume ou la religion. Cette partie est nettement séparée de la première et ne peut ainsi exercer aucune influence désavantageuse sur le rapport même. Le *vitium* représente, dans les relations juridiques relevant du droit public, ce qui, dans la propriété et dans l'obligation abstraite, constitue le vice ou l'absence de la cause. Aux condictions pour défaut de cause, du droit privé, répond dans le droit public, la rescision des lois, de l'élection et des actes des magistrats par le Sénat. La loi a sagement réservé à une personne déterminée le droit d'attaquer les actes. Elle a ainsi évité de laisser mettre en discussion leur légitimité à chacune de leurs manifestations ou de permettre au premier venu d'en paralyser les effets. En un mot, si les rapports juridiques se sont conservés dans leur intégrité et dans leur vigueur, c'est qu'on les a soigneusement mis à l'abri des éléments qui devaient les affaiblir : l'élément de cause et le *vitium*.

II. *L'économie juridique.*

1. *Emploi de moyens simples.*

La loi de l'économie. — Sagacité dans le choix des moyens. — Moyens simples et artificiels. — Exemples.

66. La loi de l'économie logique est une des lois fondamentales de la technique juridique (III. 25). Elle est une vérité pour toutes les époques de la jurisprudence ; son application seule varie, elle suit la marche du développement de la jurisprudence. Celui qui est passé maître manie les règles de l'art autrement que le commençant. Le maître travaille avec une liberté plus large, car il est plus sûr de sa science. Le disciple, plus timide encore, y met aussi une servilité plus grande. C'est l'école, c'est-à-dire la période de la soumission servile à la règle (p. 8), qui mène vers la liberté dans l'art L'étude de l'analyse juridique a pu nous en convaincre et les explications qui vont suivre ne feront que confirmer de plus en plus l'exactitude de cette observation.

Nous nous proposons de démontrer comment la jurisprudence ancienne a compris et appliqué la loi de l'économie. Cette loi porte que la jurisprudence ne doit pas créer des moyens et des principes nouveaux pour produire ce qu'elle peut réaliser à l'aide des moyens et des principes dont elle est maîtresse. Dans notre science actuelle, les applications de cette règle sont à peine saisissables, et l'on peut dire qu'elle échappe presque à toute investigation. Mais pour constater son existence, pour apprécier toute son importance, il suffit de jeter un seul regard sur la jurisprudence romaine ancienne. Quiconque,

en effet, veut se rendre compte des choses, remarquera aussitôt les phénomènes extérieurs produits par cette loi; il devinera aussitôt le sens et la portée du principe, tellement sont violents les efforts que fait la jurisprudence pour y rester fidèle, tellement sont artificiels et bizarres les moyens qu'elle met en œuvre, tellement elle emploie de circuits et de détours.

L'*économie juridique* explique les phénomènes qui sont résultés de cette tendance à pousser l'usage des moyens existants jusqu'aux limites extrêmes. C'est l'art de s'aider adroitement des moyens que l'on a à sa disposition.

L'art de s'aider est le patrimoine des pauvres, les riches n'en ont que faire. Notre science actuelle satisfait déjà à la loi de l'économie si elle ne dissipe point, si elle ne réclame rien au delà de ce qu'elle peut se procurer elle-même par combinaison ou par déduction. Mais il ne faut point, non plus, qu'elle repousse le nécessaire. Lors donc que la vie lui apporte des rapports nouveaux, comme les titres au porteur, par exemple, qu'elle ne peut construire assez parfaitement à l'aide des principes romains existants, elle ne doit pas hésiter à fixer les principes nécessaires à la vie de ces institutions nouvelles. La science parvenue à maturité peut et doit s'occuper du neuf dans sa manifestation vraie et originale, mais pour le soumettre à son empire elle doit être fortement armée. Elle ne peut tirer aucune utilité de tous les expédients au moyen desquels la science, dans sa période d'enfance, parvenait à tourner les innovations de la vie. Ils ressemblent à ces outils imparfaits, à ces instruments des temps passés qui pour notre siècle d'industrie ne sont plus que des curiosités dépourvues de valeur pratique.

A une jurisprudence primitive, au contraire, pareils expédients sont une nécessité commandée par sa phase de développement. Elle les reproduit partout, précisément à cause de son développement restreint. Le droit anglais est remarquable à cet égard. Une pareille jurisprudence ne vit que grâce à cet art de s'aider de peu; elle périrait étouffée sous un matériel trop considérable. Sa matière une fois ordonnée, elle doit,

pour la dominer toujours, en respecter scrupuleusement l'ordonnance établie; elle doit bien se garder de porter une main imprudente sur les bases et sur les formes qui supportent son œuvre. Ce n'est donc pas un hôte dont la bienvenue soit saluée, qu'une idée nouvelle qui demande ses lettres d'adoption et qu'une jurisprudence parvenue à sa pleine maturité scientifique s'empresserait d'accueillir. Une jurisprudence à ses débuts y voit, non point une précieuse extension du savoir, mais un intrus gênant qui menace de mettre en péril le maintien de l'ordre établi. Contrainte de l'accueillir, elle cherche à altérer le moins possible l'économie primitive de son ordonnance; au lieu de lui laisser sa liberté d'allures, elle l'accole à un autre principe qui déjà a reçu droit de cité, auquel elle doit s'adapter, sur lequel elle doit se mouler.

Cette application constante à vouloir suffire toujours à l'aide de moyens restreints à des idées nouvelles, ou plutôt à des buts et à des besoins nouveaux créés par les progrès et par le développement des relations, eut plus d'une fois pour effet, à Rome, de jeter la perturbation dans tout le droit existant. Le testament *per aes et libram* nous en fournit l'exemple le plus frappant. La forme originaire de la *mancipatio* s'y trouve défigurée au point de devenir complètement méconnaissable. Le droit tout entier n'offre point de plus grand contraste que celui qui existe entre l'idée de la vente et du transfert de la propriété d'un côté, et celle du testament et de la succession universelle de l'autre.

Mais il ne fallait pas toujours, pour atteindre le but, recourir a des procédés aussi artificiels. Des moyens plus simples amenaient souvent les mêmes résultats. La sagacité romaine était profonde et habile à les découvrir. Elle nous a laissé, sous ce rapport, des inventions étonnantes par leur finesse et leur géniale simplicité. Aujourd'hui encore ces coups heureux du génie juridique commandent l'admiration et sont dignes d'être proposés comme modèles.

L'économie juridique n'est pas moins nécessaire que l'analyse

juridique pour l'intelligence exacte du droit ancien. Toutes deux concourent dans la même mesure à la formation et au développement du côté juridique du droit ancien. Cependant, le niveau intellectuel de l'art juridique est moins élevé dans la première que dans la seconde. Non point que l'art juridique y ait failli à sa mission; mais cette mission même imposait des bornes au déploiement de sa force intellectuelle; elle ne permettait pas de fouiller aussi profondément le monde de principes qui servait de théâtre à l'analyse juridique. L'économie juridique résolvait *des* problèmes, plutôt qu'*un* problème. Pour l'analyse, nous sommes parvenus à établir une *théorie*, nous avons découvert un *système* de règles qui toutes procédaient d'un principe supérieur et restaient intimement liées entre elles. Lorsqu'il s'agit de l'économie juridique, nous devons renoncer à l'espoir d'un pareil résultat. Elle ne s'occupait guère de la poursuite logique d'un principe, ni de la progression dialectique d'une seule et même idée qui, de règle en règle, pénètre et domine le droit tout entier. Nous devons donc employer une toute autre méthode d'exposition, en nous contentant d'énumérer une série de cas et de rapports dans lesquels le principe reçoit son application. J'apporterai autant de matériaux qu'il sera nécessaire pour éclairer même l'homme le moins savant, et lui permettre d'examiner lui-même d'autres cas encore que ceux que je citerai. Continuant d'user d'une liberté que j'ai déjà prise, j'emprunterai mes exemples tant au droit nouveau qu'au droit ancien, car à mon avis, il ne s'agit pas de savoir si les détails isolés appartiennent à la période ancienne; ce qui importe, c'est que le principe qu'ils sont destinés à mettre en lumière, se rattache à cette période. Or, l'étude qui va suivre, établira, je l'espère, que le principe dont il est question dans ce chapitre, appartient tout entier au droit ancien.

J'ai divisé la matière en deux grands groupes comprenant d'un côté les moyens simples, de l'autre les moyens artificiels. Cette distinction, il est vrai, n'a qu'une valeur relative et la

mesure de ce qui est simple ou artificiel est en définitive assez arbitraire. Mais c'est un inconvénient de peu d'importance, attendu qu'il ne s'agit point ici d'établir une distinction entre des principes, mais simplement de grouper la matière. J'appelle simple l'application de principes et d'institutions juridiques à un but auquel leur destination primitive les rend étrangers, mais avec lequel, cependant, ils ne sont point en contradiction. L'application est artificielle lorsque les principes et les institutions sont détournés de leur destination naturelle, de leur sens vrai, du but pour lequel ils ont été créés, en un mot lorsqu'ils sont l'objet d'une extension forcée. Le transfert fiduciaire de la propriété au représentant (v. plus loin note 369), imaginé par le droit ancien pour suppléer à la représentation directe en justice, était un moyen simple, car il ne fallait faire aucune violence au principe du transfert de la propriété pour l'appliquer à cette matière. Il en était de même de la transformation des contrats consensuels ou réels en stipulations afin de pouvoir y appliquer l'acceptilation. Au contraire, la conclusion d'un mariage dans le but de procurer à la femme d'autres tuteurs ou de la libérer des *sacra* (§ 68) était un moyen artificiel, car il était contraire à l'essence même du mariage de le faire servir à un but pareil et c'était le ravaler au rang d'acte apparent.

Commençons par le premier groupe de moyens. Pour en faciliter l'intelligence, nous indiquerons autant que possible par des noms modernes le but qu'il s'agissait d'atteindre. Nous posons le problème au point de vue du droit et de la vie actuelle : les juristes romains de l'époque ancienne nous répondront avec leur droit et leur technique.

1. Exécuteurs testamentaires.

En droit moderne, cette institution présente un double but : épargner aux héritiers les peines et les charges inhérentes au règlement de la succession — ce qui, à Rome, sous l'ancien droit, aurait été un avantage considérable pour les héritiers,

puisque la représentation n'était pas admise; — assurer l'exécution loyale et complète des dispositions testamentaires, en retirant cette mission à des héritiers intéressés pour en charger une personne non intéressée. Le droit romain ancien donnait-il un moyen d'atteindre ce but? Les juristes anciens auraient répondu : Votre exécuteur testamentaire sera sans aucun doute un ami qui possède toute votre confiance; instituez-le donc votre unique héritier. Il aura ainsi le droit et le devoir de disposer seul de tout votre patrimoine. Mettez sous forme de legs toutes les dispositions de dernière volonté dont vous tenez à assurer l'exécution, et si vous le voulez, donnez à votre ami lui-même une part de votre succession pour le dédommager de ses peines. Le *legatum partitionis* (357) vous fournit, à cet effet, le plus efficace des moyens. Que votre patrimoine vienne ensuite à s'augmenter ou à diminuer, avant votre mort, l'indemnité que vous aurez léguée à cet ami, s'augmentera ou diminuera dans la même mesure. L'efficacité de ce moyen, il est vrai, dépendait entièrement de la fidélité de la personne choisie comme intermédiaire. Si l'on se trompait dans le choix de celle-ci, on s'exposait à tout le danger que l'on avait voulu éviter : celui de voir un héritier cupide spolier tous les légataires. Ce moyen devint plus inutile encore lorsque la loi Furia eut défendu de faire des legs d'une valeur de plus de mille as, et que grâce à elle il fut devenu dangereux d'accepter des legs dont la valeur dépassait le chiffre légal (p. 112). Que restait-il à faire dans ces conditions ? Ou bien instituer un ami sous la condition d'avoir à payer le montant net de la succession aux personnes désignées pour telle

(357) ULP., XXIV, 25. L'opinion ci-dessus suppose que le testateur jouissait d'une entière liberté quant à la fixation des parts. ULPIEN prend comme exemple la *dimidia pars* et il ajoute : *potest autem et alia pars velut tertia vel quarta legari*. Est-ce hasard s'il ne prend pas des parts *au dessus* de la moitié ?

somme, ou bien instituer un fidéicommis universel ; mais dans ce dernier cas, il fallait s'en remettre, pour l'exécution, à la fidélité et à la loyauté du fiduciaire choisi. Tels étaient les moyens indiqués par les juristes. Ce qui précède fait voir clairement le motif qui faisait verser les Romains dans cette contradiction apparente de donner à l'héritier de l'une main ce qu'ils lui retiraient entièrement de l'autre. L'investir effectivement de l'hérédité n'était nullement leur intention ; ils ne voulaient le faire que le *dépositaire du droit* ([358]). L'application de ces moyens pouvait servir à favoriser des enfants sous puissance, surtout lorsqu'ils étaient impubères. Dans ce cas il fallait commencer par exhéréder ces enfants. Voilà certes, une application de l'exhérédation qui est de nature à induire en erreur quiconque n'est pas au courant des choses romaines. Mais de même que l'institution d'héritier, dont nous venons de parler, n'avait nullement pour but d'attribuer effectivement l'hérédité, de même cette exhérédation, non plus, n'excluait pas réellement de l'hérédité. Pareil acte était loin de dénoter la désaffection, c'était au contraire une mesure inspirée par l'affection la plus sage et la plus vive ([359]).

2. Transmissibilité de la succession testamentaire.

Comment s'y prendra le testateur qui veut que son héritier puisse à volonté céder l'hérédité à un tiers ou l'accepter lui-même? Directement, il ne peut disposer en ce sens. Admise dans

---

([358]) V. ci-dessus (p. 214) et plus loin la théorie des droits. La L. 46 in f. ad SC. Trebell. (36-1) dit en ce sens, d'une disposition pareille : TUTELAM *heredi fiduciario permisisse videtur*. Si le dépositaire du droit ne retire lui-même aucun avantage de la disposition, il ne répond que de la *culpa lata*. L. 108, § 12 de leg. I (30)

([359]) L. 18 de lib. exh. (28-2)... *ut eis consulant utputa impuberibus*. Les Pontifes avaient soigné pour que les *sacra* n'en passassent pas moins aux enfants. Cic. de leg. II. 20, 21.

l'*hereditas legitima*, une pareille cession était repoussée dans la succession testamentaire ([360]). Le testateur dans ce cas, instituera héritier un esclave appartenant à l'héritier auquel il veut faire cet avantage, ou bien, comme cet esclave peut venir à mourir, il instituera conjointement ou successivement tous les esclaves de cet héritier. A la mort du testateur, le propriétaire de l'esclave pourra, à son choix, laisser faire adition de l'hérédité par ce dernier ou bien manciper cet esclave à un tiers et céder ainsi à ce dernier le droit de faire adition. S'il veut que l'esclave lui fasse retour, il n'aura qu'à ajouter un pacte fiduciaire qui l'ordonne ([361]). De cette manière il obtient la valeur exacte de l'hérédité, sauf que l'acheteur déduit implicitement du prix de la vente le salaire de ses peines ([362]).

3. Extension du droit de succéder aux héritiers de l'institué.

Lorsque l'héritier institué ne survit pas à l'ouverture de l'hérédité, celle-ci est perdue pour ses propres héritiers. Cependant l'intention du testateur peut être autre. Que fera-t-il donc pour prévenir cette éventualité? La prévenir directement et en termes exprès, il ne le peut pas non plus. Cer-

([360]) Ulp. XIX, 14. Le motif de cette différence est peut-être que le testateur, lorsqu'il voulait accorder à l'héritier la faculté ci-dessus, avait à sa disposition le moyen indiqué et que s'il n'en usait point c'est que son intention devait être autre.

([361]) L. 6, § 5 quae in fr. cred. (**42**-8). Gaius, II, 189. L. 58 sol. matr. (**24**-3)... *reddendus est... servus... ea conditione, ut, cum jussu ejus adierit, rursum marito retradatur*. L. 1, § 14 de succ. ed. (**38**-9). A l'aide de ce moyen, l'hérédité pouvait passer de main en main comme objet de spéculation. L. 2, § 9 de bon. poss. (**37**-11)... *si per multos dominos transierit servus... novissimo dabimus bon. poss.*

([362]) Cette explication du but pratique de l'institution des esclaves n'a été donnée par aucun auteur (même par Mühlenbruch dans son traité si complet ajouté à Glück Pandecten T. 39, p. 211-229). V. Jahrbücher für die Dogmatik, T. 1, p. 49 note et von Köppen Die Erbschaft, p. 95 note 7.

tainement le testateur peut substituer d'autres personnes à l'héritier qu'il a institué; il peut donc aussi lui substituer ses propres héritiers ab intestat *actuels* les plus proches. Mais les héritiers actuels ne sont pas toujours les héritiers futurs, et une substitution des héritiers futurs, lesquels sont encore personnes incertaines *(personae incertae)*, n'est pas admissible en droit. Le lecteur trouvera lui-même la solution de la question. Le testateur instituera, encore une fois, en qualité d'héritier, l'esclave de celui qu'il veut favoriser. Si celui-ci meurt, ceux qui sont appelés à sa succession recueillent la propriété de l'esclave en même temps que la succession du testateur qui l'avait institué [363].

4. Promesses faites à des personnes non déterminées.

Est nulle, en droit romain, au même titre que l'institution en qualité d'héritier d'une personne incertaine, toute promesse faite à une personne non déterminée, (par exemple, la promesse de restituer le patrimoine de l'impubère arrogé à ses héritiers futurs, ou la promesse de donner une récompense à celui qui rapportera un objet). Bien souvent, cependant, la vie romaine nécessitait de pareilles promesses [364]. Le premier exemple que nous venons de citer, montre comment on peut résoudre la question sans démentir un des principes capitaux du droit des obligations en cette matière. Celui qui veut arro-

---

[363] Le même obstacle n'existait point pour les legs. Si le testateur voulait rendre l'ouverture du legs indépendante même de la mort du légataire avant l'ouverture de la succession, il léguait alternativement au légataire ou à son esclave. S'il voulait que le legs ne vînt pas entre les mains du légataire, mais fût payé seulement à ses héritiers, il prenait la formule : *heres meus, cum morietur Titius, centum ei dato.* L. 79 pr. de cond. (**35**-1).

[364] V. par exemple, PETRONE, Sat. c. 97. APULÉE, Met. VI (ed. Bip. p. 123).

ger un impubère s'oblige à restituer le patrimoine de celui-ci à ses héritiers ab intestat futurs, pour le cas où il mourrait impubère. Mais à qui cette promesse sera-t-elle faite ? On ignore encore lesquels de ses parents actuels seront éventuellement les plus proches ; il est possible même qu'ils viennent à être exclus par d'autres qui ne sont pas encore nés. Comment procèdera-t-on ? l'*arrogator* fait la promesse au *servus publicus*, c'est-à-dire à l'esclave de la commune, donc à une personne exactement déterminée dès ce moment ([365]). A l'avènement de la condition, cet esclave cèdera son action à qui de droit, ou l'intentera lui-même et en restituera le produit ([366]).

On agissait d'une manière analogue même dans les rapports où les personnes étaient déterminées, mais où leur nombre était trop grand pour pouvoir établir la créance dans le chef de chacune d'elles ([367]).

5. Représentation.

A mesure que se développent les relations, la nécessité de

([365]) L. 18, 19 de adopt. (**1**-7), L. 2 Cod. ibid. (**8**-48). Cette promesse, dans le droit de Justinien, devait être faite à une *persona publica*, c'est-à-dire au magistrat ou au notaire, § 3 Inst. ibid. (**1**-11) cf. L. 32. Cod. de episc. (**1**-3) Schrader ad § 3 I. cit En effet, la L. 3 Cod. de tabul. (**10**-69) avait défendu d'employer des esclaves au service public. La doctrine du moyen-âge étendit ces promesses au notaire à d'autres cas analogues de promesses au profit de personnes futures. Buchka. Stellvertretung bei Verträgen, p. 125, 133, 138, 140, 145, etc. Dans la promesse que le *curator furiosi* avait à faire du chef de la *bonorum possessio* accordée à celui-ci se présentait la même difficulté. A qui cette promesse devait-elle être faite? Probablement se servait-on du même détour, arg. L. 7, § 4 Cod. de cur. fur. (**5**-70)... *multas ambages* et § 11 *cautione vel satisdatione, quae antiquitus fuerat introducta.*

([366]) Mais il ne pourra le recevoir sans le consentement des ayants-droit. L. 19 de comp. (**16**-2).

([367]) Par exemple, dans le cas de la L. 4, § 9 de fid. lib. (**40**-5)... *convenire creditores unumque creare, cui caveatur omnium nomine.*

pouvoir se faire représenter par des tiers dans les actes juridiques, devient de plus en plus indispensable. Ce n'est qu'assez tard, paraît-il, que le droit romain s'est élevé jusqu'à la conception des formes qui satisfont à ce besoin à l'époque classique. La raison en est que depuis les temps les plus anciens, ce droit possédait deux formes propres à réaliser le but de la représentation juridique, formes qui sont passées dans le droit nouveau. La première de ces formes consistait dans l'emploi de personnes sous puissance. Elle était basée sur ce principe que tout ce que ces personnes acquièrent, revient au détenteur de la puissance. C'était surtout des esclaves que l'on se servait. Cette utilité juridique qu'ils présentaient est très importante pour apprécier exactement leur position dans le monde romain. C'était une habitude prise chez les Romains de voir en leurs esclaves de simples instruments pour la conclusion d'actes juridiques. Un fait le démontre d'une manière frappante : lorsque le jeune âge du pupille mettait obstacle à la conclusion entre lui et le tuteur de la *cautio rem pupilli salvam fore*, les juristes autorisent le tuteur à lui acheter un esclave, et c'était ce dernier qui, à la place du pupille, contractait la *cautio* avec le tuteur ([368]).

Cette forme avait cependant le défaut de ne pouvoir s'étendre à la représentation en justice. Mais une deuxième forme (qui avait encore d'autres destinations) venait combler cette lacune. Un mandataire concluait l'affaire en son propre nom, puis il transférait au mandant les effets de son acte. Lorsque l'acte à conclure exigeait l'existence de certaines conditions qui n'existaient que dans le chef du mandant, et étaient étrangères au mandataire, elles devaient d'abord être transférées à ce dernier, par exemple, la propriété du fonds pour lequel une servitude

([368]) Si l'indigence du pupille empêchait de recourir à ce moyen, on s'adressait encore une fois au *servus publicus* ou à l'autorité. L. 2-4 Rem pup. (**46**-6), L. 1 § 15 de mag. conv. (**27**-8).

devait être acquise ou sur lequel une servitude devait être établie ([369]). Ce moyen était d'un grand secours en matière de procédure. Lorsque l'on voulait se faire représenter en justice à l'époque ancienne, on n'avait d'autre ressource que de transférer fiduciairement à un mandataire le rapport ou l'objet litigieux, par exemple le fonds, dans les contestations sur la propriété ou sur des servitudes. On recourait utilement à ce moyen même lorsqu'il s'agissait d'une contestation sur un des rapports de puissance. L'on mancipait ainsi l'esclave, l'enfant, la femme. Aucun d'eux n'avait même besoin de quitter pour cela la maison. Le détenteur actuel de la puissance menait en cette qualité le procès, tandis que les débats et la décision concernaient uniquement les droits de son auteur. J'imagine que celui qui devait s'éloigner pour un temps assez long, usait aussi de ce moyen pour assurer aux siens, auxquels l'accès des tribunaux était interdit, un représentant, pendant la durée de son absence. Des motifs que l'on connaît empêchaient que ce procédé fût mis en œuvre pour l'hérédité et pour les obligations. Cependant, nous avons vu plus haut comment le testateur pouvait soustraire son héritier institué à la charge de devoir intenter et suivre lui-même les procès et endosser ce soin à un autre. Quant aux rapports obligatoires, il n'y avait d'autre ressource que de faire intervenir le représentant éven-

([369]) L. 4 § 3 de alien. jud. (4-7).. *dominio in eos (procuratores) plerumque ex justa causa translato* (passage interpolé dans le sens de la théorie de la tradition du droit de Justinien). La théorie des servitudes offrait de nombreuses occasions de pareils transferts et retours de propriété, par exemple, dans le cas de la L. 15 § 7 de usuf. (7-1) (V. Jahrbücher für die Dogmatik I p. 34) et dans celui du § 51. *Vat. fr.* Un pareil détour pouvait également devenir nécessaire pour l'affranchissement d'un esclave, par exemple, sans parler du cas où le maître était dans l'impossibilité d'aller à Rome, celui de la L. 13 de man. (40-1).. *dubitationis tollendae causa ab agnato (curatore furiosi) tradendum servum, ut ab eo, cui traditus esset, manumittatur, Octavenus ait.*

tuel, au moment même de leur conclusion, soit à titre de cocréancier *(adstipulator)*, soit comme codébiteur *(adpromissor)* ([370]), à moins que l'adversaire lui-même ne prêtât les mains à la novation de la créance litigieuse. L'exécution de l'acceptilation à l'aide d'intermédiaires était au contraire des plus aisées. Les intermédiaires acquéraient directement et en personne la créance, puis en opéraient la remise ([371]).

6. Extension des jugements à l'avenir.

La sentence du juge ne peut être conditionnelle ni conçue *in futurum* ([372]). Elle ne peut donc réserver éventuellement un droit non encore existant pour le cas de son existence future. Le demandeur qui ferait valoir pareil droit d'avance, ne ferait que s'en dépouiller, car l'action qu'il intenterait ensuite sera repoussée par l'*exceptio rei judicatae*. C'était là pour beaucoup de rapports un sérieux inconvénient. Prenons par exemple, l'action *pro socio*. Le sociétaire était obligé de l'intenter aussitôt après la dissolution de la société alors que des rapports de créances et de dettes étaient encore en suspens, et il fallait bien trouver moyen d'échapper aux conséquences du principe indiqué. Dans ce cas, le juge ordonnait aux parties de se

---

([370]) C'est avec raison que l'on voit dans ce but de représentation le motif historique originaire de l'*adpromissio* et *adstipulatio*. PUCHTA Cursus der Institutionen II, § 156, note c, III, § 277, note z (RUDORFF). BRINZ, Kritische Blätter n° IV, p. 19-22.

([371]) L. 13, § 10 de accept. (46-4)... *nam et in absentium persona hoc remedio uti solemus : stipulamur ab aliquo id novandi causa, quod nobis absens debet, et ita accepto liberamus a quo stipulati sumus ; ita fiet, ut absens novatione, praesens acceptilatione liberetur.* D'après ce texte, le tuteur doit se servir du même détour pour éteindre par acceptilation une créance ou une dette de son pupille.

([372]) L. 35 de jud. (5-1). *Non quemadmodum fidejussoris obligatio in pendenti potest esse vel in futurum concipi, ita judicium in pendenti potest esse vel de his rebus, quae postea in obligationem adventurae sunt.*

garantir mutuellement leurs parts futures, actives et passives aux rapports de dettes et de créances non arrêtés encore pour le moment. Cette *cautio* donnait naissance à un droit nouveau, indépendant, qui, la condition venant à s'accomplir plus tard, ne pouvait plus être repoussé par l'*exc. rei judicatae* ([373]). On résolvait de la même manière chaque cas dans lequel aurait dû intervenir un jugement préjugeant des rapports encore latents et dont équitablement on ne pouvait forcer le demandeur à tenir compte. Une condamnation ou une absolution mettait fin à ce procès comme à tout autre, mais on établissait avec soin les bases d'une action éventuelle ([374]).

7. Contrainte indirecte de la restitution en nature, dans la procédure.

Tout jugement dans la procédure formulaire se terminait, on le sait, par une condamnation au paiement d'une somme d'argent. La compensation était mince pour le demandeur lorsque la chose au lieu de n'avoir pour lui qu'une valeur pécuniaire, lui représentait un intérêt tout individuel, une valeur d'affection. Peu lui importait le prix de la chose, c'était à celle-ci elle-même qu'il tenait. Dans ce cas, sans déserter le principe de la condamnation pécuniaire, le juge était invité, après s'être assuré du droit du demandeur, à ordonner directement la restitution en nature de la chose litigieuse *(arbitrium de re restituenda)*. Cette ordonnance, il est vrai, ne pouvait être directement imposée au défendeur. Il était libre de s'y conformer ou non. Mais s'il essayait de s'y soutraire, le demandeur était admis au *juramentum in litem*, par lequel il fixait à son gré le montant de son intérêt. Le défendeur se trouvait ainsi aban-

([373]) L. 27, 38 pro socio (**17**-2).

([374]) L. 12 § 5 ad exhib. (**10**-4), L. 13, § 5 de pign. (**20**-1), L. 63, § 4 pro socio (**17**-2), L. 47, § 2 de pec. (**15**-1), L. 9, § 5 quod met. (**4**-2) *(doli repromissio)*, L. 15 de op. nov. n. (**39**-1). L. 1, § 7 Cod. Rei ux. (**5**-13), etc.

donné à la discrétion du demandeur et la *sententia* le condamnait au paiement du montant évalué par le demandeur lui-même. C'eût été folie de ne point tenir compte d'une pareille perspective, le demandeur pouvant ainsi réduire à la besace le défendeur récalcitrant.

8. Obtention indirecte d'une sentence judiciaire.

Une contestation sur un fait quelconque s'élève entre deux personnes. Pour obtenir une décision judiciaire qui tranchât le litige, l'une des parties se faisait promettre par l'autre n'importe quelle somme, à payer pour le cas où le fait serait vrai, et intentait alors une action en paiement de cette somme. Pour vider le différend, le juge avait à vérifier l'existence de la condition, et de cette manière il statuait indirectement sur le fait contesté. L'application de ce moyen, dans les relations romaines, dépendait entièrement du libre consentement des parties. Mais son utilité en fit une règle de procédure, et il était des cas où les parties en cause pouvaient être contraintes à conclure pareille *sponsio praejudicialis* sur un point litigieux déterminé.

9. Contrainte indirecte à *facere*.

L'obligation du droit ancien a la chose elle-même, c'est-à dire un *dare,* pour *cause* et pour *but* ou *objet* ([375]). Un *facere* ne peut avec efficacité faire l'objet d'une promesse. Cependant, à mesure que les relations se développent et s'étendent, il devient absolument nécessaire que l'on puisse juridiquement poursuivre l'exécution forcée d'un *facere* qui a fait l'objet d'une promesse. Pour pourvoir à cette nécessité, le commerce juridique ancien recourait au même procédé que dans le cas précédent. Ce procédé consistait en une contrainte *indirecte.* Pour

([375]) V. III, p. 128.

garantie de l'accomplissement de l'acte qu'il s'engageait à exécuter, le promettant s'obligeait à payer, en cas de non-exécution, une somme d'argent dont le chiffre était assez élevé pour que la contrainte fût réelle et sérieuse (peine conventionnelle).

10. Transport des créances.

La conception romaine attache indissolublement l'obligation à la personne du créancier. Un changement de personnes, tel qu'en contient la délégation, entraîne l'extinction de l'obligation antérieure et en crée une nouvelle. Mais le consentement et la coopération du débiteur devant absolument intervenir pour opérer une délégation active, le transfert de l'obligation était chose difficile et incertaine sous cette forme. Ces conditions devaient disparaître devant les nécessités du mouvement commercial et pécuniaire d'une époque plus avancée. A la forme primitive, on le sait, succéda la *cession*. Il fallait chercher à transférer l'obligation sans heurter le principe énoncé plus haut. Grâce à l'emploi de la représentation judiciaire déjà autorisée à cette époque, on parvint à résoudre le problème. Le cessionnaire était investi de pleins pouvoirs pour intenter l'action *(mandatum ad agendum)*; il dirigeait le procès à l'instar d'un procureur ordinaire, seulement il s'en réservait le produit *(procurator in rem suam)*.

11. Bilatéralité indirecte des obligations unilatérales.

Le droit ancien ne connaissait que des obligations unilatérales (p. 194 s.), mais la condition offrait le moyen de leur donner l'effet d'obligations bilatérales. Prenons un exemple : d'après l'ancien droit, le contrat de vente devait être conclu sous la forme de deux stipulations unilatérales. Si les contractants voulaient prévenir que l'une des parties exigeât l'exécution du contrat sans avoir satisfait à ses propres obligations; si elles voulaient, en un mot, faire produire à leur convention les effets d'un contrat bilatéral, c'est-à-dire, que la prestation

ne s'effectuât que donnant donnant, chaque partie contractante posait comme condition de l'exécution de sa promesse, que la partie adverse, de son côté, exécuterait sa prestation *(spondesne centum dare si equum dederim? equum dare si centum dederim?)*. Le testateur qui voulait imposer au légataire une prestation à accomplir en faveur d'un tiers, ce qu'il ne pouvait prescrire directement, agissait de même *(heres damnas esto Maevio centum dare, si Maevius Titio equum dederit)*. Dans l'histoire du droit ancien, la condition supplée au principe non encore accepté de la bilatéralité dans les obligations.

Les exemples que nous venons de citer démontrent avec quel bonheur, grâce à un emploi judicieux des moyens qu'ils avaient à leur disposition, les juristes romains ont su satisfaire aux nécessités pratiques de la vie. Jamais ils ne rebutaient dédaigneusement une tendance nouvelle de la vie, sous prétexte qu'elle ne se conciliait pas avec la théorie. Ils se donnaient au contraire comme mission de rechercher les moyens de la réaliser et de frayer au commerce juridique les voies dans lesquelles il voulait entrer. Ce n'était point là seulement une des faces spéciales de leur art, c'était un côté essentiel et toujours observé de la théorie du droit. Jamais, même dans leurs recherches purement théoriques, ils ne se contentent exclusivement des intérêts de la science. Toujours ils ont en vue le *but*, la destination pratique des règles et des principes qu'ils manient; toujours ils ont soin de placer à côté des inconvénients que l'application rigoureuse des théorèmes scientifiques entraîne pour la vie, les moyens qui doivent servir à les éviter ([376]). Aujourd'hui nous n'abandonnons que trop souvent la science au milieu des diffi-

([376]) V. par exemple, les textes des notes 361, 366-369, 371, et une foule d'autres exemples dans les pandectes de Justinien.

cultés que notre propre imprévoyance s'est plue à lui créer. Le droit, de nos jours, bien moins que le droit ancien de Rome, réclame cette habileté à concilier la science et la pratique, car il laisse infiniment plus de jeu au mouvement juridique. De là vient que nous ne lisons pas dans les sources du droit romain tout ce qui s'y trouve en réalité. Nous nous bornons, en général, à constater la *règle du droit* sans nous inquiéter du *but juridique* qu'elle poursuit. Ainsi, nous enregistrerons la règle que les esclaves peuvent aussi être institués héritiers, sans nous demander, comme il le faudrait cependant, ce qui pouvait déterminer le testateur à instituer un esclave au lieu d'instituer son maître (p. 241). Savoir que la tradition d'une *res mancipi* n'en transférait point la propriété, nous satisfait; mais nous ne nous enquérons guère pourquoi les parties s'arrêtaient à une simple tradition de la chose, au lieu de la manciper, ou bien nous leur attribuons des motifs complètement insuffisants. On voulait éviter les complications de la mancipation, disons-nous; comme si c'était chose difficile, à Rome, de rencontrer cinq témoins et une balance! Autre raison : la mancipation ne pouvait avoir lieu qu'entre personnes présentes; comme s'il eût été plus embarrassant de manciper que de faire la tradition à l'esclave ou au représentant de l'absent [377]! Rien de plus aisé cependant que d'imaginer un but pratique des plus rationnels. La tradition de la chose, faite en remettant la mancipation jusqu'à ce que le prix d'achat fût payé ou le délai du dédit expiré, remplissait, à Rome, pour les *res mancipi*, le but que poursuivent dans notre droit actuel le *pactum reservati dominii* ou le *pactum displicentiae.*

En voici un autre exemple. Il est emprunté, il est vrai, aux derniers temps de l'empire, mais il est ingénieux et caractérise bien les procédés de la jurisprudence romaine. En cas d'aliénation de l'emphytéose, le propriétaire du fonds avait tout

(377) Dans ce dernier cas, au moyen d'une double mancipation.

à la fois un droit de préférence et un droit à la cinquantième partie *(quinquagesima)* du prix de vente ([378]). Pourquoi ce concours de droits? L'un est la garantie de l'autre, ils se sauvegardent réciproquement. Si l'emphytéote, voulant faire renoncer le propriétaire à l'exercice de son droit de préférence, surfait le prix de vente qui lui a été proposé, le propriétaire aura droit à la cinquantième partie sur ce pied exagéré; si, au contraire, l'emphytéote ne déclare qu'un prix inférieur, le propriétaire exercera son droit de préférence. Grâce au concours de ces deux droits, l'emphytéote est contraint de rester toujours dans les bornes de la vérité ([379]).

---

2. *Les voies détournées de la vie.*

Emploi des rapports juridiques dans la vie. — Abus des relations de la famille. — Moyens pour éluder les restrictions au droit d'hérédité.

67. L'art qui protégeait le droit, qui aidait à son progrès et à son perfectionnement, le même art servait aussi à éluder

---

([378]) Le *laudemium* était en usage avant Justinien. L. 3 Cod. de jure emph. (4-66) *quod usque ad praesens tempus praestari cognovimus*. Justinien en a seulement fixé le montant à un cinquantième.

([379]) La *fructus licitatio* dans l'interdit *uti possidetis* de l'époque ancienne présentait le même caractère. Semblable au jugement de Salomon, elle servait de pierre de touche pour reconnaître le véritable ayant-droit. La possession provisoire pendant le procès était mise aux enchères entre les parties. Le possesseur réel pouvait les pousser si haut que c'eût été folie de la part du non ayant-droit de surenchérir; s'il s'obstinait cependant il s'exposait à encourir les plus graves préjudices au grand avantage de son adversaire. A côté de cette manière de procéder le *summariissimum* du moyen-âge encore en vigueur en Allemagne, présente bien des imperfections.

ses dispositions, à s'en écarter ou à paralyser leurs effets. La science s'ingéniait à trouver des détours pour atteindre des buts licites, la vie en trouvait d'autres pour obtenir des résultats illicites. Peu importe que ce soit la subtilité des juristes ou non qui ait trouvé ces détours, la jurisprudence romaine n'en peut être rendue responsable. La science mène au droit, elle répugne à l'injustice. Nous n'aurions donc point à nous occuper de toutes les voies détournées auxquelles on a eu recours si un double motif ne nous forçait de nous y arrêter un instant. C'est d'abord, que certaines de ces combinaisons sont par la suite des temps passées en coutumes, se sont revêtues de l'autorité d'*actes apparents*, ont été adoptées comme forme pratiques (§ 68) par le droit et la jurisprudence. C'est, ensuite, que d'autres, grâce à l'opposition qu'elles rencontrèrent dans le droit et la jurisprudence, donnèrent lieu à certaines règles auxquelles cette opposition parvient seule à donner une explication. La subtilité romaine était ingénieuse à découvrir ces moyens détournés. La jurisprudence ou la loi faisaient-elles justice de l'un, aussitôt un autre était inventé. C'est une lutte qui fait songer involontairement à celle du renard que l'on traque et qui se voit poursuivi de retraite en retraite. Assister à cette lutte, la décrire dans tous ses détails, suivre le renard romain dans le lacis de ses évolutions, ce serait certes ajouter une page bien curieuse à l'histoire du droit romain. Que d'intéressantes conclusions pourrait amener pareille étude ! Mainte règle de droit, énigme éternelle qui se pose devant nous, nous livrerait son secret. Trop souvent, en effet, sous le prétexte de considérer les choses de haut, nous risquons de rester perdus dans les nuages, alors qu'il nous faudrait plutôt descendre sous terre pour saisir la racine des choses [380]. J'aurais voulu

---

(380) La règle *nemo pro parte testatus*... dont nous avons parlé (p. 145) est un exemple célèbre d'un de ces cas dont il faut chercher l'explication bien bas, bien profond dans le sol juridique de Rome. Mais les courses

exposer ici toutes les découvertes que j'ai faites dans cet ordre d'idées, mais la matière est devenue si vaste, son examen en a tellement élargi le cadre, que je dois me borner à une courte esquisse.

Pour exprimer en un mot l'impression générale que j'ai rapportée de mes recherches, je dirai qu'un des problèmes les plus ardus avec lesquels le législateur ait à lutter, c'est celui d'empêcher les fraudes à la loi. Tout l'art qu'il déploie pour protéger la loi, peut à peine résister aux finesses que la vie met à la violer, à la miner, à la battre en brêche. Il ne suffit pas toujours, pour obtenir le but désiré, d'ordonner une chose ou de la défendre; il ne suffit pas que l'épée ait un tranchant bien effilé pour que le coup porte; le coup le plus terrible, si l'adversaire l'évite, devient un coup d'épée dans l'eau. Que celui qui conserve encore des illusions à cet égard, lise la page d'histoire que je vais dérouler. Je réponds de sa guérison.

A toutes les époques, à Rome, des plaintes s'élèvent. Pour éluder les lois, chaque jour amène de nouvelles fraudes. Les mesures légales qui sont prises pour y porter remède ne servent à rien ou presque à rien. Si des textes formels ([381]) ne s'étaient fait l'écho de ces plaintes, il suffirait, pour être convaincu de leur vérité, de prendre le premier rapport juridique venu et de voir que d'efforts continuels la législation et la jurisprudence durent déployer pour le maintenir sauf et le garantir. Dans tous les rapports indistinctement, la fraude

---

dans les nuages auront toujours du charme pour certaines natures qui préfèrent considérer la terre d'en haut, plutôt que de s'enfoncer dans ses entrailles pour en extraire les trésors qu'elle nous cache.

([381]) Il n'en manque point, en réalité. V. par exemple, TACITE Ann. VI, 16 (à l'occasion des lois sur l'usure) *multisque plebiscitis obriam itum fraudibus, quae toties repressae miras per artes rursum oriebantur.* L. 1 pr. Cod. de cad. toll. (6-51) *multas invenientibus vias.* GAIUS, I, 46... *sunt enim specialia Scta, quibus rescissa sunt ea quae in fraudem ejus legis* (*Furiae Caniniae*) *excogitata sunt.*

se glissa, aucun ne fut respecté : mariage, parenté, honneur, tout fut traîné dans la boue, en vue de quelque but inavouable. Souvent même, à son insu, grâce à des procès concertés d'avance, la justice elle-même ([382]) dut sanctionner quelque honte ou quelque turpitude. Le scandale, il est vrai, n'arriva à son apogée qu'à l'époque de la corruption et de la décadence morale, lorsque toute discipline et toute pudeur eurent été foulées aux pieds. Alors toutes les barrières furent franchies. Alors, dans ce monde dégénéré, les dames de haut parage ne rougirent pas de se présenter devant l'édile et de se faire inscrire au nombre des filles de joie pour pouvoir se jouer impunément des lois sur la débauche. Alors les jeunes Romains de qualité payèrent de l'infamie le droit de monter sur la scène. ([383]) Mais au bon vieux temps lui-même on peut jeter la pierre, il a donné le premier exemple du relâchement, et la jurisprudence supporte en partie le poids de sa faute. Et ceci est un fait qui caractérise bien toute la manière de voir et de procéder des Romains, et des juristes romains, par conséquent. Tous s'en sont rigoureusement tenus au côté juridique des institutions ; tous, sans le vouloir, sans le savoir même, ont sacrifié le côté moral. Certainement, au point de vue isolé de la technique juridique, on pouvait prôner l'emploi du mariage comme simple acte apparent, en vue d'obtenir certains résultats parfaitement légitimes au point de vue législatif (§ 68). Mais jamais, une juris-

([382]) Nous ne songeons naturellement pas à l'*in jure cessio,* dans laquelle le but était licite et connu de l'autorité, mais il s'agit de tout autre chose; par exemple, d'intenter une *actio famosa* dans le but de faire déclarer le défendeur infâme, et de le délivrer ainsi de certaines entraves. SUETONE Tiber. c. 35 : *quo minus in opera scenae arenaeque edenda senatusconsulto tenerentur, famosi judicii notam sponte subibant.* Par exemple, encore, le *liberale judicium* intenté pour faire obtenir à un affranchi tous les droits de l'homme né libre. L. 1, 5 de coll. det. (40-16). SUETONE Aug. c. 74. *asserto in ingenuitatem.*

([383]) V. la cit. de SUETONE note précéd.

prudence qui se fût inspirée des motifs les plus élevés de la législation et de la morale, n'eût admis une pareille institution. C'est outrager la véritable essence du mariage que de le ravaler ainsi au rang d'une simple forme, même quand le but à obtenir est licite. C'est provoquer la tentation de s'en servir aussi par des buts moins nobles, moins avouables; c'est habituer le monde à ne plus le considérer que comme un simple moyen et à oublier la sainteté de son but. Tel est en général le côté sombre de la manière exclusivement juridique dont les Romains considéraient la vie. Grâce à leur technique, les juristes poussèrent la chose à l'extrême et ne tinrent plus compte d'aucun rapport existant si ce n'est au point de vue de l'utilité juridique; ils n'y virent plus que de simples moyens propres à réaliser certains buts quelconques. Le monde romain devint ainsi de plus en plus indifférent à l'essence vraie des choses, et fut précipité dans ce nihilisme formaliste qui fut de bonne heure un des traits les plus remarquables de son caractère. C'était payer cher l'acquisition des actes apparents.

La vie romaine toute entière et notamment la manière dont elle a traité les rapports de famille justifie la sévérité de nos jugements. Il est significatif que l'on ait commencé à abuser de ces rapports à une époque où ils conservaient encore toute leur autorité. Licinius Stolo fut le premier qui, pour échapper à une loi qu'il avait lui-même proposée, émancipa ses enfants. Il fut puni pour ce fait par le peuple (III. 155). Déjà Publius Scipion, en sa qualité de censeur, se plaignait que l'adoption était employée pour s'assurer les avantages que réservait la possession d'enfants (384). Au VIᵉ siècle, l'adoption et la vente apparente *in mancipium* étaient des moyens généralement employés par les membres des communes latines pour acquérir le droit de cité romaine (385). La conclusion de mariages simulés, pour

(384) Gellius, V, 19.
(385) Tite-Live, XLI, 8. V. Ad. Schmidt Rektoratsprogramm Frib.

échapper aux désavantages du célibat, doit avoir été assez fréquente déjà à l'époque ancienne, car le serment imposé par les censeurs, que le mariage avait été conclu dans une intention sérieuse ([386]), serment qui avait pour but d'empêcher les unions simulées, ne peut avoir été introduit la première fois à l'occasion de CARVILIUS RUGA, lequel ne donnait prise à aucun soupçon sous ce rapport. Dans le but de réprimer l'usage abusif des arrogations, chaque acte de cette nature donnait lieu à de sévères investigations et était accompagné d'un serment (dont la formule ([387]) avait été amendée, mais non inventée par Q. MUCIUS). Les dangers d'un abus existaient donc déjà de bonne heure. Et lorsque nous voyons, comme dans le cas de CLODIUS, recourir à l'arrogation comme à une forme passée en coutume pour faciliter le passage des patriciens dans les rangs de la plèbe (§ 68), nous pouvons en conclure que depuis longtemps déjà on faisait servir l'arrogation à des buts qui lui étaient complètement étrangers.

La cause de tous ces abus avait des racines profondes. Le mal puisait sa source dans l'organisation juridique même de la famille romaine. Trop d'intérêts patrimoniaux et personnels étaient mis en jeu dans cette organisation pour que des abus ne dussent pas fatalement se produire. Le père est-il donc si cou-

---

1856. Celui qui avait des enfants pouvait aller à Rome et devenir citoyen romain. Avant son émigration, il avait soin de manciper les enfants qu'il laissait chez lui, à un romain; ce dernier les affranchissait ensuite, et comme ils devenaient ainsi citoyens romains, la commune perdait tout droit sur eux. Celui qui n'avait point d'enfants, trouvait à bon marché quelque prolétaire qui se laissait adopter par lui, dans l'unique but d'être ensuite laissé en arrière comme enfant.

([386]) *Liberorum quaerendorum gratia se uxorem habiturum*, GELLIUS, IV, 3; ou la question : *ex animi tui sententia*. CIC. de orat. II, 64, GELLIUS, IV, 20. SAVIGNY Vermischte Schriften I, p. 84. s. Peines du mariage apparent : VAL. MAX. VII, 7, 4.

([387]) GELLIUS, V, 19.

pable d'émanciper son fils ([388]), si celui-ci ne peut pas autrement acquérir pour lui-même, et non pour le fisc ou pour les créanciers de son père, la succession de sa mère qui lui est déférée? N'est-ce point chose légitime qu'une femme préfère laisser sa succession à des cognats pauvres plutôt qu'à des agnats riches? La loi elle-même, cependant, ne lui permettait de réaliser ce désir qu'à l'aide d'un mariage apparent (§ 68).

Si les émancipations, les arrogations, les adoptions, qui à Rome étaient à l'ordre du jour, deviennent des exceptions dans la vie moderne, c'est que l'organisation actuelle des rapports de famille est devenue plus saine. L'intérêt secondaire même, que présentaient autrefois ces institutions ([389]), dans une foule de cas, a complètement disparu. J'ignore quel grand avantage elles pourraient procurer, qu'on ne saurait obtenir par un autre moyen.

Destinée à revivifier la famille romaine, la *lex Julia et Papia Poppaea* ne fit qu'aggraver la gangrène qui la rongeait. Cette loi, à l'instar des lois de police du siècle passé, édictait des récompenses et comminait des peines matérielles, dans le but de multiplier les mariages et d'encourager la fécondité des époux. C'était ajouter encore aux considérations, aux intérêts déjà si nombreux et si étrangers à l'idée même du mariage, qui viciaient la famille romaine et paralysaient son développement moral. Nous ne nous étendrons pas d'avantage ici sur l'immoralité de cette loi, qui n'épargnait ni la veuve ni la femme

([388]) L. 26 de jure fisci (**49**-14).

([389]) Par exemple, pour la confiscation si usitée dans les derniers temps de l'empire. On laissait aux enfants, même adoptifs, une partie du patrimoine paternel. Grâce à des adoptions apparentes, quiconque était menacé de confiscation était sûr de sauver une partie de ses biens. L. 7, § 2 de bonis damn. (**48**-20). Ensuite, pour le droit héréditaire : adopter celui qu'on ne pouvait instituer héritier était un moyen de lui donner sa succession. Quant à la libération des charges communales v. L. 15, § 2, 3 ad municip. (**50**-1).

séparée ([390]), et qui poussait vers le mariage les vieillards des deux sexes ([391]). Elle a dû coûter la vie à bien des enfants venus au monde contre le gré de leurs parents ([392]). Elle a causé des adultères ([393]). Sous l'empire d'une loi pareille, la nature romaine eût dû se démentir complètement, si elle ne se fût ingéniée à éluder la loi. Aussi, à peine la loi fut-elle promulguée, qu'AUGUSTE, son auteur, dut déjà prohiber les moyens que l'on employait pour s'y soustraire ([394]). Une foule de divorces et de mariages apparents furent les fruits d'une pareille législation ([395]). On inventa mille artifices pour échapper aux restrictions si gênantes de la capacité de succéder par testament. Les juristes eux-mêmes n'hésitèrent pas à éluder autant qu'ils le purent les dispositions des lois caducaires ([396]).

L'hostilité et la résistance du peuple, l'art de déjouer les précautions de la loi, s'exercèrent spécialement au sujet de trois restrictions inscrites dans la législation. Ces restrictions portaient sur les intérêts, sur les dispositions de dernière volonté, et sur l'affranchissement des esclaves. Examinons de plus près la deuxième.

Depuis l'introduction du testament par mancipation, le droit

([390]) ULP., XIV.

([391]) ULP., XVI, 1 modifié, il est vrai, par le *Sc. Persicianum* et *Claudianum*. V. ibid. § 3, 4.

([392]) Arg. ULP., XV, 2. XVI, 1a... *si tres (liberos) post nominum diem amiserint.*

([393]) Ou tout au moins l'oubli du mari bien vite après sa mort. arg. *si post mortem viri intra decem menses uxor ex eo peperit.* ULP. l. c.

([394]) SUETONE, Aug. c. 34 : *cumque etiam immaturitate sponsarum et matrimoniorum crebra mutatione vim legis eludi sentiret*, etc.

([395]) L. 30 de R. N. (23-2) *Gaius ad legem* JULIAM ET PAPIAM : SIMULATAE NUPTIAE *nullius momenti sunt.*

([396]) L. 1 pr. Cod. de cad. toll. (6-51)... *(legis Papiae) invidiosum rigorem, qui et ipsis prudentissimis viris displicuit, multas invenientibus vias, per quas caducum non fieret.*

héréditaire ancien limitait les restrictions qu'il imposait aux dispositions de dernière volonté, à la seule condition de la capacité de recevoir par testament, dans le chef de la personne gratifiée. Pouvaient seules être gratifiées, les personnes qui avaient le *commercium;* cette faveur ne s'étendait donc pas aux pérégrins. La première restriction positive de la loi porta sur le montant des legs. Trois lois, comme on le sait, apportèrent des dispositions variées à ce sujet : la *lex Furia,* la *lex Voconia* et la *lex Falcidia.* Il est bien digne de remarque que les deux premières eurent soin de mentionner, à côté du legs, la *mortis causa capio* (397). La *lex Falcidia* n'en fit rien, et ne parla que du legs (398). C'était une échappatoire que l'on réservait et l'on serait tenté de croire que c'était à dessein. Quiconque désirait éluder la loi, donnait à sa disposition de dernière volonté la forme d'une *mortis causa capio,* ou il faisait de la prestation désirée la condition de l'institution d'héritier (note 165); la libéralité n'était plus un legs, elle échappait à l'application de la loi. Il en fut de même des fidéicommis. On leur reconnut une action, mais à dessein ou non, on n'y étendit pas la loi Falcidie. C'était compromettre la valeur pratique de la loi et en paralyser tous les effets.

A ces restrictions objectives apportées à la liberté de tester, la *lex Voconia,* relative aux femmes, la *lex Junia Norbana,* quant à une certaine classe d'affranchis, et surtout la *lex Julia et Papia Poppaea,* à l'égard de ceux qui n'avaient point d'enfants, ou qui n'étaient point mariés, en ajoutèrent d'autres, d'une nature toute subjective, et d'un caractère autrement incommode et tyrannique. Ce fut contre ces obstacles, surtout, auxquels s'ajoutaient encore d'après le droit ancien, ceux qui concernaient les pérégrins, que s'escrimèrent pendant deux

(397) Gaius, II, 224, 226.

(398) Gaius, II, 227 et L. 1, pr. ad leg. Falc. (35-2).

siècles l'art et la subtilité des romains. Maintes institutions, maints principes et maintes règles du droit d'hérédité doivent leur origine à cette étude et à la résistance que lui opposaient la législation et la jurisprudence. Nous l'avons déjà dit, nous ne décrirons point dans tous leurs détails les péripéties de cette lutte, où nous voyons la loi et les juristes faire la chasse, pour ainsi dire, à tous ces moyens détournés de fraude. Il nous suffira de passer en revue les principaux (399) :

1. *Les fidéicommis.* Gaius cite expressément l'incapacité de succéder des pérégrins comme le motif historique de l'introduction des fidéicommis particuliers (400). Les premiers cas de fidéicommis universels qui nous soient rapportés (401), furent causés par les restrictions apportées par la loi Voconia à la capacité de succéder des femmes. Vinrent ensuite, après la loi *Julia et Papia Poppaea,* les fidéicommis aux personnes sans enfants ou non mariées. Lorsqu'on en vint à prohiber les fidéicommis de ce genre, sous peine de les voir attribuer à l'*aerarium* ou au fisc (402), on eut recours à un autre moyen : le fidéicommis tacite. On l'enleva à la connaissance de l'autorité, en ne l'insérant plus dans le testament même, mais en exigeant secrètement de la personne grevée la promesse ou le serment de le payer. L'exécution de cet engagement, comme les fidéicommis de l'époque ancienne, dépendait, il est vrai, de la fidélité et de la loyauté de celui qui le contractait. Dans la plupart des cas, cependant, le but que l'on se proposait était atteint (403). Ces

(399) Je ne prétends point que ces moyens ne pouvaient servir à d'autres buts encore, pas plus que je ne soutiendrai qu'il n'y eût pas d'autres moyens encore d'atteindre les mêmes buts.

(400) Gaius, II, 285... *et fere haec fuit origo fideicommissorum.*

(401) Cicéron de finib. II, 17, 18.

(402) Gaius, II, 285-286a.

(403) Ulp., XXIV, 17. L. 103 de leg. I. L. 10 pr. L. 23 de his quae ut (**34**-9). L. 3 pr. § 3. L. 40 de j. f. (**49**-14).

fidéicommis tacites furent bien souvent l'objet des préoccupations de la législation (404).

2. *Les conditions.* L'institution d'héritier ou le legs est attaché à la condition que la personne gratifiée fasse telle ou telle prestation (405), qu'elle promette de l'exécuter ou seulement qu'elle s'y oblige par serment (406); ou bien, en cas d'inexécution, il lui est imposé un legs pénal *(legatum poenae nomine relictum)* dont elle a à s'acquitter vis-à-vis d'une personne capable de recevoir. Pareille disposition ne pouvait être envisagée comme un legs. Elle ne constituait point une faveur directe, mais une libéralité indirecte. Le gratifié qui s'y conformait le faisait uniquement pour accomplir la condition *(conditionis implendae causa datum).*

3. *Dispositions revêtues de la forme d'une dette,* soit dans le testament même *(legatum debiti)* (407), soit au moyen d'une stipulation dont le promettant fixait l'exécution au moment de sa mort (408).

---

(404) V. par exemple, Nov. 89, c. 12, § 1 et § 3.

(405) *Conditio* DANDI, L. 36 de m. c. don. (**39**-6).

(406) Cette dernière est la *conditio* JURISJURANDI, dont le motif pratique a été indiqué par HUSCHKE, Zeitsch. fur. Civetr. Pr. T. 14 n° 12 en premier lieu.

(407) L. 27 de prob. (**23**-3), L. 37, § 6 de leg. III. VAL. MAX. VIII, 2, 2... *expensa ferre sibi passus est, eo consilio, ut si decessisset, ab heredibus eam summam peteret, quam legati genus esse voluit, libidinosam liberalitatem debiti nomine colorando.* L. 45 in f. C. de episc. (**1**-3)... *simulata quaedam obligatio sub specie mutui.*

(408) GAIUS, II, 100. La forme : POST *mortem tuam dari spondes ?* fut nulle jusqu'à Justinien (§ 13 Inst. de inut. stip. **3**-20), la forme : CUM *morieris* était valable. Sur quoi cela se basait-il ? GAIUS dit : INELEGANS *esse visum est, ex heredis persona incipere obligationem.* L'*inelegantia* cependant eût été peu de chose ; mais ce sur quoi l'on ne pouvait passer outre c'était sur cette considération pratique que la première forme aurait fourni le moyen de faire naître une dette de l'hérédité après la mort du

4. *Dépôt* de la chose ou de la somme chez un intermédiaire de confiance avec ordre de la remettre après la mort du donateur à la personne gratifiée ([409]), ou assignation de payer donnée à un débiteur, garantie pour plus de sûreté par l'intervention de l'assignataire comme *correus stipulandi* ([410]).

5. *Institutions des esclaves* ([411]). Le succès réservé à ce procédé dépendait, il est vrai, de la capacité du maître de l'esclave, mais celui-ci avait toujours soin de faire intervenir à temps une personne capable.

Tout porte à croire qu'en matière d'intérêts on recourait aux mêmes expédients pour éluder les restrictions édictées par la loi ([412]). Une certaine méthode devait présider à ces violations de la loi, les mêmes procédés, le même travail devait se reproduire partout. En effet, nous rencontrons surtout deux moyens constamment mis en œuvre. Le premier consistait à faire exécuter l'action par une personne capable, si l'on se trouvait dans un cas d'incapacité personnelle ([413]). Les anciennes lois usuraires n'avaient un caractère obligatoire que pour

testateur, c'est-à-dire, après le moment décisif pour déterminer le quantum de la succession. L'héritier aurait été ainsi lésé vis-à-vis des légataires dans la computation de la quarte falcidie; il n'en était pas ainsi dans la seconde formule, qui juridiquement faisait naître la dette du vivant du testateur. Cette formule constituait ainsi une des voies détournées employées pour éluder la *lex Falcidia;* elle disait : mon héritier ne portera pas cette dette en compte, dans les dettes du passif de l'hérédité.

([409]) L. 18, § 2 de m. c. don. (**39**-6). L. 26 pr. Depos. (**16**-3).

([410]) L. 108 de solut. (**46**-3). V. plusieurs autres exemples dans le titre de mortis causa donat. (**39**-6).

([411]) L. 82 de adq. her. (**29**-2).

([412]) TACITE (note 381) et TITE-LIVE, XXXV, 7.

([413]) *Persona* SUBJECTA, L. 2, § 1 de adm. rer. (**50**-8) *Quod quis suo nomine exercere prohibetur, id nec per subjectam personam agere debet;* V. aussi L. 45 Cod. de episc. (**1**-3) *interposita;* L. 10 Cod. de distr. pign. (**8**-28) : *per suppositam imaginarii emptoris personam.* V. une foule

les seuls citoyens romains; elles ne concernaient point les alliés. Pour échapper aux prohibitions de cette législation, le créancier glissait entre lui et son débiteur un allié qui figurait, mais d'une façon purement apparente, comme emprunteur et comme préteur (note 412). La loi *Aelia Sentia* ne permettait à un jeune homme âgé de moins de 20 ans d'affranchir ses esclaves que pour certains motifs spécialement déterminés; lorsque ces motifs faisaient défaut, le mineur mancipait l'esclave à un tiers qui avait l'âge requis et qui procédait à l'affranchissement ([414]). Lorsqu'un citoyen romain voulait instituer sa fille comme héritière, ce que la *lex Vocania* ne lui permettait point de faire, il instituait un ami dont la fidélité lui était connue, en lui prescrivant, sous forme de fidéicommis universel, de restituer l'hérédité. Affranchie par un citoyen romain, toute personne non libre acquérait le droit de cité : pour jouir de ce droit, on se laissa vendre comme esclave à un citoyen romain qui, immédiatement après, procurait l'affranchissement ([415]). C'était un sentier détourné qui devint bientôt une route large ouverte, et qui donna accès dans le droit de cité romaine à des milliers de Latins (note 385).

Le deuxième moyen pour frauder la loi, et qui se confond en partie, mais non d'une manière absolue, avec le premier, consiste dans l'emploi de l'*acte simulé*. Les parties conviennent

---

d'autres textes dans : Jahrbücher, II, p. 72, 73. Un exemple connu d'une pareille *persona subjecta,* mais dans un but autre, est fourni par le transfert fiduciaire de la propriété : *cum amico, quod tutius nostrae res apud eum essent,* (Gaius, II, 60) par exemple pour éviter une confiscation imminente.

([414]) L. 7, § 1 Qui et a quibus (**40**-9), L. 4 de serv. exp. (**18**-7). De même pour échapper aux dispositions de la *lex Furia Caninia* et *Aelia Sentia,* sur les affranchissements par testament. L. 27, § 1 Mand. (**17**-1)... *ut post mortem meam manumitteres.*

([415]) Petrone, Sat. 57 : *ipse me dedi in servitutem et malui civis Romanus esse, quam tributarius.*

que l'acte auquel elles procèdent extérieurement n'aura pour elles aucune signification sérieuse. Ainsi, la loi prohibait les donations entre époux: pour échapper à cette défense, les époux simulaient un divorce ([416]), auquel, lorsque la donation était accomplie, succédait une réconciliation; ou bien encore ils déguisaient leur donation sous la forme d'un contrat de vente. Plusieurs de ces actes simulés passèrent en coutumes et prirent rang parmi les actes que nous étudierons dans le paragraphe suivant sous le nom d'*actes apparents.*

La législation combattait ces divers moyens détournés de l'une des manières suivantes :

1. Elle défendait d'une manière générale d'éluder la loi. C'est ce que firent expressément plusieurs lois de l'époque postérieure ([417]), ou bien elle défendait d'une manière spéciale telle ou telle pratique usitée, ou facile à prévoir. La législation dut souvent recourir à ces défenses spéciales pour protéger les lois, même celles revêtues d'une clause prohibitive générale ([418]).

2. Parfois la loi exigeait que les parties affirmassent sous serment, devant l'autorité, que leur intention était de conclure un acte sérieux ([419]).

([416]) L. 64 de don. i. v. et ux. (**24-1**).

([417]) Par exemple, la *lex Furia Caninia.* Gaius, I, 46.

([418]) Par exemple, dans la loi ci-dessus. Gaius, ibid. : *sunt etiam specialia Scta, quibus rescissa sunt ea, quae in fraudem ejus legis excogitata sunt.* Voici un expédient bizarre qui était employé : il n'était point permis, dans un testament, de dépasser un certain nombre d'affranchissements que la loi déterminait ; lorsque le nombre légal était dépassé, la loi proclamait valables, jusqu'à concurrence du nombre permis, les premiers affranchissements dans leur ordre d'inscription, et déclarait nuls tous les autres. Pour échapper à la rigueur de cette disposition, on imagina d'écrire les affranchissements en cercle (*in circulo, ut qui prior, qui posterior nominatus sit, non possit agnosci.* Gaius, Epit. I, 2, § 2).

([419]) Par exemple, dans le mariage (note 386), dans l'affranchissement

3. Parfois encore elle comminait des peines, et comme tout ou partie en était attribué au dénonciateur, la menace était souvent efficace ([120]).

Au reste, ainsi que je l'ai démontré dans une autre occasion (I. 346) les plus élevés parmi les pouvoirs politiques et religieux recouraient souvent, eux-mêmes, à de semblables subterfuges. Les exemples que nous en avons cités appartiennent tous à l'époque de la république; fraudes anodines, mensonges nécessaires souvent et sans aucune intention mauvaise: mais vint le despotisme des empereurs; la loi resta extérieurement observée, mais il y eut des cas où elle fut audacieusement violée dans son contenu ([121]).

---

3. *Les moyens artificiels.*

Actes de construction. — Actes apparents. — *Coemptio fiduciae causa.* Théorie des actes apparents. — Leur indépendance dogmatique. — Adoption en vue de la *transitio ad plebam* et *adoptio regia.* — Fictions.

68. Revenons à la jurisprudence romaine, et examinons la seconde partie du problème proposé ci-dessus (p. 238). Passons

---

d'esclaves au cas de la note 414 et dans l'arrogation (note 386). V. aussi nov. 89 c. 12, § 1 *aut pejerant* § 3 *quibusdam ad impietatem aut perjurium praeparatis.* Dans plusieurs droits grecs, ce serment était appliqué aux ventes d'immeubles F. Hofmann, Beiträge zur Geschichte des Griechischen und römischen Rechts. Vienne, 1870, p. 83.

([120]) Ainsi dans le fideicommis tacite, dans le fideicommis aux pérégrins, dans le cas de la *lex Marcia de usuris reddendis*, (p. 116), de la collusion, dans le cas de la L. 1 de coll. deteg. (40-16).

([121]) Par exemple, Suetone Tiber. c. 61... *immaturae puellae, quia*

en revue les moyens artificiels que la jurisprudence a mis en pratique dans l'intérêt de l'économie juridique.

Ces moyens se divisent en trois classes : *les actes de construction, les actes apparents* et les *fictions*. Nous avons été obligés d'inventer la première de ces dénominations, les autres sont connues.

Parlons d'abord des premiers. A mesure que le droit se développe et progresse, il arrive assez souvent que la législation se voit forcée de soustraire au libre vouloir des parties certaines conséquences juridiques qu'il a toujours dépendu d'elles seules de produire, et de les faire dépendre tout simplement de l'existence de certaines circonstances ou de certains rapports. Le législateur moderne exprimerait sans aucune hésitation l'innovation qu'il réalise matériellement. Il déclarerait simplement que ce qui avait dépendu jusque là de la libre volonté des parties, serait acquis désormais *ipso jure*, et qu'aucune intervention des parties ne serait plus nécessaire. Tout autrement agissaient les Romains. Leur innovation se rattachait dans la forme au droit existant, car il ne touchaient point à la règle que l'action des parties était la cause du droit, mais ils contraignaient les parties à accomplir cette action. Au fond l'effet juridique ne dépendait plus comme avant de la volonté du sujet mais la forme était sauvée. L'effet ne continue à se produire

---

more tradito nefas esset virgines strangulari, vitiatae prius a carnifice, deinde strangulatae, ce qui notamment fut souvent mis en pratique lors des persécutions contre les chrétiens. CASAUBON nous rapporte un fait analogue : *Similis religio triumviros incessit, cum proscriptionis tempore praetextatum quendam, ut posset occidi, jusserunt induere togam virilem, ut narrant Appianus et Dio*. Ce fut ainsi qu'au XV siècle, à Florence, on éleva au rang de magnats des citoyens qui avaient commis des crimes graves, pour pouvoir leur appliquer les peines sévères comminées contre les magnats dans les « ordres de justice. » V. HEGEL dans l'ouvrage cité note 348, p. 23.

qu'autant que le sujet le *veut*, mais tout est réglé de façon que le sujet *doive* vouloir. Ce sont ces actions commandées dans l'intérêt unique de la construction juridique, en vue de conserver le mécanisme juridique existant, que je nomme *actes de construction*. Purs actes apparents, au fond, l'intérêt de la construction juridique les a seul maintenus. Le droit romain en connait un grand nombre. Quelques exemples suffiront à les expliquer.

Le sénatusconsulte Pégasien imposait à l'héritier grevé d'un fidéicommis universel et qui refusait sans motif légitime d'en accepter la charge, l'obligation de faire l'adition et la restitution de l'hérédité. C'était là un pur acte apparent qui ne pouvait entraîner pour cet héritier aucune conséquence ni favorable ni défavorable. Le but législatif qui se cachait au fond de cette disposition, était d'affirmer que l'exécution d'un fidéicommis universel ne pouvait dépendre du bon vouloir de l'héritier et que celui-ci n'avait d'autre qualité que celle de dépositaire du droit (p. 215). On aurait pu réaliser le même but à l'aide de plusieurs autres moyens. Le plus élémentaire et le plus naturel, c'eût été de transformer la substitution fidéicommissaire en substitution directe, en cas de refus sans fondement de l'héritier ou, en d'autres termes, de suppléer la volonté présumée du testateur et de traiter le fidéicommissaire comme ayant été éventuellement institué héritier. La jurisprudence romaine postérieure eût, sans hésiter, adopté ce moyen. Elle a, en effet, résolument mis à la place l'une de l'autre les deux formes de la substitution en reconnaissant comme valable une substitution directe nulle comme substitution fidéicommissaire et en proclamant la validité d'une substitution fidéicommissaire, qui eût été nulle en tant que substitution directe [122]. Mais à

(122) Remplacement de la substitution fidéicommissaire par une substitution directe v. L. 13, § 4. L. 14 de test. mil. (**29-1**); remplacement d'une

l'époque du Sénatusconsulte précité la jurisprudence n'avait pas encore cette liberté d'allures. Comme deuxième forme plus en harmonie avec la technique juridique de l'époque, on aurait pu adopter la fiction légale que le refus sans cause de l'héritier vaudrait comme adition et restitution de l'hérédité. Si la loi repoussa également cette forme, et préféra celle que nous avons indiquée ci-dessus, c'est que cette dernière se rattachait étroitement au droit existant et maintenait entière la règle antique que pour devenir héritier il fallait faire adition de l'hérédité ([423]). Dans ces actes, l'héritier ne figurait qu'à titre de comparse; il n'était, on peut le dire, qu'un rouage, qu'un appareil de construction destiné à sauvegarder la validité du fidéicommis universel ([424]). De plus amples explications sur ce point me paraissent inutiles.

La *cautio rem pupilli salvam fore* obligeait le tuteur et ses répondants pour tous les actes de son *administration*. Mais si le tuteur s'abstenait complètement d'administrer, il n'assumait aucune responsabilité, ni pour lui, ni pour ses cautions. La lacune était sensible. Pour la combler, aujourd'hui, nous remplacerions le mot *administration* par celui de *tutelle*, ce qui modifierait à l'instant le droit existant. Les Romains s'y prirent

---

substitution directe par une substitution fideicommissaire : L. 76 ad sc. Treb. (**36**-1). L. 15 de subst. (**28**-6). L. 41 pr. de test. mil. (**29**-1).

([423]) Au reste ce moyen n'était pas très heureux. En effet quid si le fiduciaire mourait auparavant? S'il était à l'étranger? Si à dessein il se cachait? La jurisprudence romaine ne savait à quoi se résoudre dans ces cas, au moins douta-t-elle jusqu'à Justinien (L. 7, § 1 Cod. ad sc. Treb. **6**-49), et Ulpien ne vit d'autre moyen d'en sortir, comme le rapporte Justinien, qu'au moyen d'une disposition de loi, que Justinien intercala en effet dans le passage indiqué, et qui portait que dans ces cas : *ipso jure actiones utiles transferantur*.

([424]) Aussi était-il très conséquent de la part de Justinien, d'obliger, dans la L. 7 pr. citée, le curateur d'un fou à faire adition d'hérédité, bien que ce dernier ne pût réclamer qu'une *bon. poss.*

autrement. Ils forcèrent le tuteur à administrer, et la règle demeura debout. ([125]).

Dans mille autres cas, la jurisprudence romaine suivit la même voie. Un des moyens les plus efficaces dont elle se servait était de faire appel à la contrainte de l'autorité. *Compellendus est a Praetore, a judice...* : cette phrase qui revient si souvent dans les sources, annonce partout une restriction de la liberté individuelle. Elle signifie partout que la forme extérieure seule de la liberté, l'action de la personne a été maintenue par pur respect pour le droit antérieur. Quand on contraignit dans certains cas les tuteurs des femmes à revêtir de leur *auctoritas* les actes de ces dernières, on ne fit, en définitive, que supprimer une formalité. C'est donc à juste titre que Gaius désigne pareille *auctoritas* comme un acte purement apparent ([126]). Autant eût valu affranchir désormais les femmes de la tutelle, pour tels et tels actes ; mais on ne le dit point, et c'est là précisément ce qui caractérise la manière de procéder de la technique romaine et la rend si différente de la nôtre.

Ce serait un travail fécond en découvertes et qui mériterait à son auteur la reconnaissance de la science, d'étudier à ce point de vue les divers rapports du droit public et du droit privé ([127]). Quant au but que je poursuis moi-même, il me

([125]) L. 4 § 3 Rem. pup. (**46** 6)... *compellendus igitur erit ad administrationem propterea, ut stipulatione quoque ista possit teneri.*

([126]) Gaius I, 190... *in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam, saepe etiam invitus auctor fieri a praetore cogitur.*

([127]) Par exemple, en droit public : la *lex Maenia* sur l'*auctoritas patrum* — un digne pendant de l'*auctoritas* du tuteur — l'abdication forcée du magistrat ; en procédure : l'action avec réserve de compensation (p. 76 : *cogitur, jubetur*), la renonciation à l'action appartenant encore au demandeur et tendant au même but (précurseur de l'*exc. doli* dans le concours des actions), L. 9 pr. de novat. (**46**-2), L. 10, § 1 de pact. (**2**-14), réserve

suffit d'avoir indiqué l'idée, et d'en avoir établi l'importance. Le moyen employé était *artificiel*, et il résulte de tout ce qui précède que cette contrainte appliquée aux *personnes* devait aussi affecter les *principes* mêmes du droit. Le plus souvent les actes contraints et les actes apparents, dont nous allons nous occuper maintenant, différaient peu les uns des autres.

Notre attention s'est portée déjà sur les *actes apparents* (III, 211 ss), lors de notre étude du formalisme. Mais nous n'avons pu, à ce moment, démontrer complètement l'importance qu'ils ont pour l'histoire du développement du droit. Nous allons compléter cette étude au point de vue de la technique juridique et examiner ces actes comme moyens mis en œuvre pour atteindre les buts de l'économie juridique. Des deux espèces d'actes apparents dont nous avons parlé, les *actes originaires* et les *actes résiduels*, nous négligerons les derniers. Ils sont dépourvus de toute importance technique. Ce sont les branches mortes du droit antérieur, la force d'inertie de l'histoire a seule pu leur conserver une apparence de vie extérieure. Dans tout ce qui suit donc, nous ne nous servirons de l'expression : *acte apparent*, que pour désigner les actes de la première espèce.

Dans ce sens étroit, l'acte apparent présente une grande analogie avec certains actes apparents de la vie ordinaire que j'ai désignés plus haut sous le nom d'*actes simulés* (428). Dans

---

de prétentions futures dans le procès (p. 248), division de l'action, GAIUS, III, 122, contrainte du *procurator*. L. 8, § 3 seq. de proc. (**3**-3); dans le droit de famille : cessation de la *manus* dans le divorce GAIUS, I, 137a, consentement au mariage des enfants L. 19 de R. N. (**23**-2), v. aussi le cas de la L. 9, § 1 de J. D. (**23**-3); dans le droit des obligations la cession forcée (précurseur de l'*actio utilis*. L. 1, § 13 de tut. et rat. **27**-3. L. 57 de leg. I, **30**) et une foule innombrable d'autres cas.

(428) Leur différence réelle exige aussi des noms différents. C'est, il est vrai, un besoin que les Romains n'ont pas senti puisqu'ils emploient indifféremment pour les deux espèces d'actes les expressions : *imaginarius*

l'une espèce comme dans l'autre, l'acte extérieur est purement apparent, il n'est pas en harmonie avec l'intention secrète des parties. Mais les actes apparents sont des *formes juridiques* au même titre que d'autres, présentant seulement une configuration particulière. Les actes simulés, au contraire, sont des actions isolées. Les premiers appartiennent au droit, ils ont une existence *abstraite;* ceux-ci n'ont qu'une existence *concrète.* Il existe encore une autre différence entre ces deux actes : tout acte simulé couvre un mensonge. Ce qui se passe réellement, ce que l'on poursuit, doit rester ignoré des tiers et de l'autorité; c'est pourquoi l'on travestit l'acte véritable, par exemple, on déguise une donation sous les formes d'une vente. Le but peut être de cacher un acte contraire au droit; mais il peut aussi être de soustraire un acte parfaitement licite à la curiosité de tiers qui n'y ont aucun intérêt. L'acte apparent n'a rien de semblable à céler. Nul n'ignore sa signification, l'autorité elle-même y prête les mains en parfaite connaissance de cause, comme dans l'*in jure cessio* romaine. L'acte apparent ne poursuit qu'un but purement technique, celui d'obtenir un résultat approuvé par le droit lui-même, au moyen d'une application quelque peu forcée des moyens existants : c'est un *mensonge juridique consacré par la nécessité.* Il est possible qu'à leur origine plusieurs de ces actes apparents n'aient été que des actes simulés : ce sont aussi des actions isolées qui finissent par former le droit coutumier. La première fois qu'une femme imagina de contracter un mariage apparent avec l'intention d'atteindre un des résultats attachés à la *coemptio fiduciae causa* (v. plus loin), elle conclut un acte simulé (429). Lorsque ce moyen devint d'un usage général et

(Tite-Live, XL, 8 : *imagines juris), simulatus, fictus, dicis causa,* etc. V. Dirksen manuale latinitatis, sous ces divers mots.

(429) Karlowa, Die Formen der röm. Ehe und manus Bonn, 1868, p. 89, trouve cette désignation inexacte, il croit que le fait de cette

que le droit coutumier l'eut sanctionné, l'acte en question devint un acte apparent. Mais cette filiation historique qui, au surplus, n'est pas celle de tous les actes de ce genre, n'altère pas le principe de la différence qui les sépare, pas plus que la circonstance que le cours du temps érige telle coutume en droit coutumier, n'efface la distinction entre les coutumes et le droit coutumier. La différence pratique entre l'acte apparent et l'acte simulé se manifestait en ceci : contesté par l'une des parties, l'acte simulé devait être déclaré nul par le juge; l'acte apparent, au contraire, grâce à la sanction du droit coutumier, était inattaquable.

Nous avons déjà, dans le cours de cet ouvrage, rencontré maints exemples d'actes apparents. Nous possédons donc déjà une partie des matériaux qui doivent nous servir pour l'étude que nous entreprenons. Nous avons notamment appris à connaître : la *mancipatio* (III. 221 ss.), même dans son cercle d'application originaire, les *res mancipi;* acte apparent dans son application au testament, mais acte apparent à la deuxième puissance (ibid. 227); la dation du fils de famille en *mancipium* pour préparer l'émancipation et l'adoption (II. p. 179); l'*in jure cessio* (III. 235) et la *sponsio praejudicialis* (ibid. p. 213 note 243). A ces exemples il faut ajouter : le *nexum* et la *nexi liberatio,* ou la création et l'extinction d'une dette d'argent, faites au moyen d'un paiement apparent, solennel, devant 5 témoins et le *libripens* (430); enfin la *coemptio fiduciae causa,* et deux cas problématiques d'adoption apparente. Nous ne traiterons de ces

femme renferme plutôt un de ces abus que nous avons appris à distinguer des actes simulés (III, p. 211 s.). Je ne puis, quant à moi, admettre qu'une femme romaine, dans un pareil cas, eût pu être portée à donner à son époux *in partibus infidelium* les droits d'un mari, je suis plutôt convaincu que les deux parties étaient d'avance d'accord qu'il n'y avait là qu'une simple comédie.

(430) V. III, 225, 308; j'y reviendrai dans l'histoire du droit des obligations.

derniers que lorsque l'étude des autres cas nous aura donné la mesure certaine qui nous permettra d'apprécier leur nature d'actes apparents. Dans ce but j'entamerai tout d'abord l'examen de la *coemptio fiduciae causa.*

La *coemptio fiduciae causa* est incontestablement un des actes apparents les plus récents. Les buts mêmes que le monde féminin de Rome cherchait à atteindre par son intermédiaire : affranchissement des *sacra*, changement de la tutelle, droit de tester, marquent l'heure de la décadence des institutions religieuses et annoncent la période de l'émancipation sociale de la femme. L'acte se composait de trois parties différentes : 1° de la *coemptio fiduciae causa* qui lui avait donné son nom, c'est-à-dire de la conclusion d'un mariage avec *manus*, dans la forme ordinaire de la *coemptio* avec la clause accessoire de la remancipation. — 2° de la *remancipatio fiduciae causa*, c'est-à-dire de la vente de la femme en *mancipium* avec la clause accessoire de l'affranchissement, et 3° de l'affranchissement même.

Voici maintenant quelle était l'importance du triple but que la femme pouvait avoir en vue. Parlons d'abord du premier, de l'affranchissement des *sacra* ([451]). En entrant dans la *manus* du mari, la femme lui transférait ses *sacra;* le mari en restait chargé, si la femme, par suite d'une *capitis deminutio* sortait de sa puissance. Nous ignorons si, à la mort du mari, ces *sacra* s'éteignaient ou passaient aux héritiers. Toujours est-il que leur culte cessait lorsque la succession ne trouvait point d'héritiers. A l'époque de la décadence, le culte des *sacra privata* était devenu un fardeau : grâce à la *coemptio* les femmes parvinrent à s'en affranchir à peu de frais. Elles se procuraient, pour jouer le rôle de *coemptionator*, quelque vieux célibataire tout près de sa fin prochaine, le rémunéraient d'avance pour le service

([451]) Cicéron pro Murena 12. Savigny über die jurist. Behandlung der Sacra privata dans ses Verm. schriften, I, p. 180 (v. aussi : Zeitsch. f. gesch. R. W. II, p. 387 s.

qu'il allait leur rendre, et lui avançaient les moyens nécessaires pour subvenir jusqu'à sa mort aux frais des sacrifices. Parfois elles le choisissaient tel que son indigence notoire ou ses infirmités le missent hors d'état d'accomplir cette obligation. Il était moins coûteux encore pour la femme de se rendre au marché des esclaves et d'y *acheter*, dans le sens propre du mot, celui qu'elle entendait charger du fardeau de son culte domestique. Elle lui donnait la liberté et exécutait avec ce nouvel affranchi la comédie que nous venons de décrire; il ne lui en coûtait ni une bonne parole ni une obole ([432]). Pareils êtres qui n'étaient plus bons qu'à mourir, qui n'avaient plus que ce dernier rôle de *senex coemptionalis* à jouer dans la vie, ne valaient pas beaucoup : la femme n'était gênée par aucun enchérisseur ([433]).

([432]) Le droit civil offre le pendant de ce dépositaire des *sacra* : c'est l'esclave institué héritier par son maître, ou même acheté dans ce seul but, pour prendre sur lui, après la mort de son maître, la honte qui résulte de la vente des biens par les créanciers. Gaius, II, 154.

([433]) Ainsi se concilient, à mon avis, les *senes ad coemptiones faciendas reperti* dans Cicéron pro Murena 12 et les *senes coemptionales* mentionnés comme esclaves dans Cicéron ad fam. VII, 29 et Plaute Bacch. IV, 9, 52. — Savigny ne doit pas avoir entrevu cette conciliation possible, lorsqu'il nie résolument que les deux espèces de *senes* aient pu servir au même but. D'après lui, les *senes coemptionales* auraient été de vieux esclaves hors de service, dont on achetait un grand nombre à la fois, ou que l'on recevait par dessus le marché en achetant un jeune esclave. Il n'est pas même nécessaire de démontrer combien cette explication est peu acceptable. Elle repose sur une interprétation tout à fait arbitraire du mot *coemptionalis (co-emere :* acheter ensemble). Dans quel but se serait-on avisé d'acheter quantité de pareils invalides? Pour fonder un hôpital, les nourrir jusqu'à leur belle mort, et puis les mettre en terre? Evidemment non. Arrivés à cet état de décrépitude, ces malheureux ne pouvaient plus avoir quelque utilité et par conséquent quelque valeur vénale, qu'à la condition d'être des *senes coemptionales* dans le sens que nous venons de développer. A cette utilité peut fort bien s'ajouter, comme but accessoire,

La tutelle des femmes par les agnats avait, comme on sait, pour but avoué d'établir ces derniers les gardiens du patrimoine de la femme *sui juris* et de leur permettre de veiller eux-mêmes à leurs propres droits éventuels dans sa succession. Pareille institution qui, au fond, faisait de la femme une simple usufruitière, ne présentait rien d'anormal pour l'époque ancienne, mais elle répugnait aux idées de liberté de l'époque postérieure. L'opposition que rencontra l'institution et qui, sous l'empereur Claude, amena sa chute, se manifesta sous la forme de la *coemptio tutelae evitandae causa* (434). Cicéron n'y voit qu'une invention de la subtilité des juristes : une espèce de tuteurs sous la dépendance des femmes (435). Le principe de cette *coemptio* reposait sur ce que la *capitis deminutio* qui en était la suite, faisait cesser la tutelle légitime des agnats et que celui qui libérait du *mancipium* une personne sans tuteur, devenait lui-même son tuteur, comme quasi-patron. La condition tacite de l'efficacité de toute l'opération était l'obligation pour les agnats de donner leur *auctoritas* au mariage *cum manu* de leur pupille. Au besoin la contrainte intervenait pour forcer les agnats à donner cette *auctoritas* (436).

---

la signification symbolique attachée par plusieurs auteurs à ces *senes*, (pour indiquer le caractère peu sérieux de pareils mariages).

(434) Rudorff Das Recht der Vormundschaft, T. 1, p. 231-234.

(435) Cicéron pro Mur. 12... *hi invenerunt genera tutorum, qui potestate mulierum continerentur.*

(436) V. p. le droit ancien II, 185. La *coemptio testamenti faciendi gratia* exige exactement la même condition. Quel agnat aurait bénévolement donné son consentement à un acte dont le but déclaré était de lui enlever son droit de succession ab intestat? La *coemptio fiduciae causa* doit avoir fait partie des cas où d'après Gaius, I, 190 le tuteur d'une femme : *saepe etiam invitus auctor fieri a praetore cogitur.* — Une opinion différente a été émise par Karlowa l. c. p. 102 s., mais c'est précisément l'intervention subite de la *lex Claudia,* qu'il est contraint d'admettre, qui m'a conduit à la mienne, d'après laquelle cette mesure a été insensiblement introduite dans la vie. V. notes 438, 439.

Sans cette condition, le moyen de substituer un tuteur plus maniable à un agnat gênant n'aurait abouti que dans le seul cas où celui-ci, de son côté, eût été consentant. Mais pour cette hypothèse, l'*in jure cessio* de la tutelle légitime était une forme bien plus simple ([437]). Les choses, du reste, suivaient une marche identique à celle que nous avons décrite ci-dessus, à l'exception que le fardeau de l'acte ne reposait point ici sur la personne du *coemptionator*, mais sur le tiers qui devait affranchir la femme et ainsi devenir son tuteur. Il va sans dire que la femme cherchait pour cet emploi quelque personne qui jouissait de sa confiance la plus absolue. D'un autre côté, il n'y a pas de doute que la simple menace de la part de la femme de se donner *in manum* au moyen de la *coemptio*, devait suffire pour assouplir l'agnat le plus récalcitrant, ou le déterminer à se dessaisir, de bonne grâce, de la tutelle en faveur de celui qui était l'objet des préférences de la femme.

La succession de la femme qui était restée dans sa famille originaire ou dans celle de son mari revenait à ses parents. Cette succession ne pouvait leur être enlevée par testament, même lorsque l'introduction du *testamentum per aes et libram* eût aboli l'obstacle de forme qui s'était opposé jusque là au testament des femmes. C'était la conservation du patrimoine dans la ligne masculine qui était la base de cette restriction, comme elle était celle de la tutelle des agnats. Or, cette même considération, précisément, devait faire accorder à la femme sortie du lien de sa famille par suite de *capitis deminutio*, et devenue *sui juris*, le droit de faire un testament. En effet, elle acquérait ainsi le moyen de faire retourner sa succession à ses parents originaires. On reconnut donc en principe qu'une pareille *capitis deminutio* donnait à la femme le droit de faire un testament et l'on partit de là pour dégager la femme d'une entrave de plus. Il suffisait pour cela de mettre la femme dans

([437]) Ulp., XI, 6-8.

un *mancipium* apparent dont elle était ensuite affranchie. Mais comme une personne qui n'était pas sous puissance, ne pouvait se donner elle-même en *mancipium*, ni y être placée par ses tuteurs, la femme devait, pour atteindre le but, se placer dans un des rapports de puissance qui comportaient le droit de la vendre en *mancipium;* par exemple, la *manus* ou la puissance paternelle. Mais d'un autre côté, des motifs de fait, abstraction faite de la forme, s'opposaient à une arrogation de la femme, celle-ci ne pouvant propager le nom de la famille. Il ne restait donc à la femme d'autre moyen que de recourir à la *manus*, c'est-à-dire, au mariage apparent. La *tutoris auctoritas* nécessaire à cet effet, n'était point un obstacle comme nous l'avons vu plus haut, et ce fut ainsi qu'en s'appuyant sur une règle à l'origine toute en faveur des parents, et qui avait été créée pour un but tout autre, on parvint à abolir dans la pratique l'hérédité forcée des parents. La tutelle des agnats elle-même, après avoir ainsi perdu toute son importance comme moyen d'assurer leurs droits sur la succession des femmes, finit par être entièrement abolie par l'empereur Claude (438). Un senatus-consulte d'Adrien en fit autant quant à la *coemptio testamenti faciendi gratia* (439).

L'on a récemment attribué aux actes apparents une origine historique que je crois fausse (440). Comme la fiction, l'acte apparent aurait surgi tout d'abord sur le terrain du culte religieux et du droit ecclésiastique; de là il aurait été transporté dans le domaine du droit profane. Les témoignages que l'on invoque à l'appui de cette opinion, ne prouvent qu'une

(438) Gaius, I, 171.

(439) Gaius, I, 115a.

(440) Demelius, Die Rechtsfiction in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung. Weimar, 1858, § 1-4. L'auteur ne parle, il est vrai, que des fictions, mais les exemples qu'il cite sont pour la plupart des actes apparents.

chose, que nous connaissons déjà du reste, et sur laquelle personne n'a plus insisté que moi (I, 352, III, 87), c'est que, de même que toute la méthode, les actes apparents et les fictions se sont manifestés de l'un comme de l'autre côté, sans que rien prouve qu'ils aient apparu dans l'une branche du droit plus tôt que dans l'autre. Il est des motifs généraux qui doivent plutôt faire rejeter cette priorité prétendue. Les uns et les autres, en effet, les actes apparents et les fictions sont les formes particulières du progrès d'une certaine époque de la civilisation. Or, personne ne niera que le droit profane ne fût bien plus accessible au progrès que le droit ecclésiastique (441); dès lors, si l'un des deux a le premier perfectionné ses formes propres, ce ne peut avoir été que le droit profane. Il en est de cette opinion comme d'une autre, déjà rencontrée, (III, 340 ss.) qui s'y rattache, et qui attribue une origine semblable aux *legis actiones*. Les deux opinions versent dans la même erreur. Elles cherchent une explication particulière et propre à Rome seule, à ce qui constitue un phénomène général et nécessaire dans l'histoire des civilisations. Pas plus que les formes rigides de la procédure, les actes apparents et les fictions n'appartiennent exclusivement au droit romain; on les rencontre partout à certaine phase de la civilisation. L'histoire du droit anglais est là pour le prouver. Aussitôt cette phase passée, partout les uns et les autres s'effacent peu à peu et finissent par disparaître.

Cette observation doit nous donner la conviction que ce n'est

---

(441) Dirksen, Versuche zur Kritik und Auslegung p. 7 : « non seulement les formules du droit ecclésiastique plus que toutes les autres » formules se sont conservées le plus longtemps dans leur forme et leur » signification antiques, et ont eu à souffrir le moins un mélange de matières étrangères, mais elles paraissent dans leur premier établissement » comme dans leur développement progressif n'avoir pas été aussi exposées » à l'influence de circonstances extérieures. »

point la question de l'origine, de l'apparition historique extérieure, mais bien celle du fondement des actes apparents qui est véritablement importante. Il se peut, il est vrai, que le désir d'éluder des lois gênantes ait donné naissance à plus d'un de ces actes; il se peut que d'*actes simulés* qu'ils étaient à leur origine, une transformation lente sous l'empire de la coutume, en ait fait des formes juridiquement reconnues; il se peut encore que la jurisprudence en ait spontanément créé d'autres. Tout cela importe peu. Ce qu'il faut se demander c'est ce qui a amené la jurisprudence à consacrer ou à créer des formes aussi étranges. Nous pouvons maintenant répondre à cette question. Les actes apparents n'étaient que l'un des nombreux expédients auxquels les juristes romains avaient recours pour satisfaire avec les moyens existants aux besoins nouveaux qui surgissaient dans la vie. CICÉRON reproche aux juristes d'avoir, grâce aux actes apparents, frauduleusement éludé le droit ancien (442). C'est là une manière commode de déprécier la jurisprudence aux yeux des masses, et CICÉRON n'a eu garde d'en laisser échapper l'occasion. Le reproche, cependant, ne mérite point une réfutation sérieuse. Du reste, nous nous sommes déjà expliqués à cet égard, (III, 153, note 173).

Le seul point qui doive encore être examiné de plus près est le mécanisme pratique de l'acte apparent.

Nous avons dit plus haut que les moyens artificiels de l'économie juridique sont ceux dans lesquels il est fait violence aux principes juridiques, dans lesquels ils sont étendus au delà de leur portée rationnelle. Cette violence est manifeste dans l'acte apparent. Pour réaliser certains effets qu'il a en vue, il fait usage d'un autre acte ou rapport qui comporte

(442) CICÉRON pro Murena c. 12. Ce reproche fait une digne suite au jugement que CICÉRON porte sur le formalisme, sur l'interprétation littérale (III, notes 141, 144) et sur les fictions (v. plus loin).

l'effet voulu, soit comme *but*, soit comme simple *conséquence*, soit même comme pénalité. Mais il le fait en saisissant uniquement cet effet isolé et en négligeant tous les autres. C'est le même procédé que nous avons appris à connaître dans tant de cas déjà nommés au § 67.

La *lex Julia et Papia Poppaea* avait attaché certains avantages au mariage. Pour participer à ce seul *effet*, on contracta des mariages dans lesquels les deux parties étaient convenues que tous les autres effets seraient exclus. Il en fut de même de la *coemptio fiduciae causa*. Une circonstance montre surtout, pour cette dernière, jusqu'à quel point il était possible de ne s'attacher qu'à un effet unique : destinée à trois buts, ceux-ci sont désignés comme trois cas d'application ou espèces différentes; il en résulte que chacun d'eux pouvait être réalisé indépendamment des deux autres. Une femme pouvait désirer avoir un autre tuteur ou faire un testament, sans avoir la moindre intention d'abandonner ses *sacra*. Si de toute nécessité, tous les effets de la *coemptio* avaient dû se produire, elle n'aurait pu avoir l'un sans l'autre. Le droit lui laissait toute liberté à cet égard.

La décision du juge sur une demande conditionnelle tranche en même temps la question de l'existence de la condition. La *sponsio praejudicialis* saisit ce dernier effet; elle donne à certaines questions la forme de promesses pécuniaires conditionnelles pour les soumettre indirectement à l'appréciation du juge. Le jugement n'a d'autre effet que de trancher ces questions. La condamnation au paiement de la somme promise n'acquiert point force de chose jugée.

Le droit ancien n'admettait point que l'on pût affranchir les enfants de la puissance paternelle. Seulement, lorsque le père avait donné trois fois son fils en *mancipium*, une fois sa fille ou ses petits enfants, ceux-ci acquéraient définitivement leur liberté. C'était là, évidemment, une disposition à laquelle on avait voulu attacher un caractère de *peine;* tout au moins avait-elle pour le père une *conséquence* défavorable et qui n'entrait

point dans ses intentions. Cette conséquence est présisément le *but* de l'émancipation. Pour en arriver à affranchir l'enfant de la puissance paternelle, elle le fait passer par le *mancipium*. Mais de tous les effets du *mancipium*, il était bien entendu qu'un seul devait pouvoir se produire : l'affranchissement. Le fiduciaire qui se serait avisé d'exiger quelque prestation de services de la part de l'enfant n'aurait rencontré aucun appui en justice, pas plus que celui qui, vainqueur dans la *sponsio praejudicialis*, aurait voulu se prévaloir de cet avantage pour intenter une action en paiement de la somme promise. A un autre point de vue, il est vrai, on isolait moins franchement un effet déterminé dans l'émancipation que dans les deux autres cas que nous avons indiqués, et notamment dans la *coemptio fiduciae causa*. Lorsque la femme recourait à ce dernier acte, elle pouvait fort bien ne vouloir réaliser qu'un seul des trois buts qui y étaient attachés, ne se préoccuper que de celui-là et négliger les deux autres. L'émancipation, au contraire, produisait tous ses effets, même ceux qui étaient entièrement contraires à l'intention des parties, comme ce devait être le cas, le plus souvent, pour la perte du droit de succession. L'émancipation ne se faisait point, comme la *coemptio fiduciae causa,* dans un but spécial, unique. Pourquoi donc le mécanisme de celle là s'est-il moins perfectionné que le mécanisme de celle-ci? Faut-il en chercher la raison dans cette circonstance que la *coemptio fiduciae causa* date d'une époque où déjà l'on traitait les actes apparents avec plus de liberté? Le motif est ailleurs, je pense. Celui qui ne cherchait qu'à donner à l'enfant, au moyen de l'émancipation, la position indépendante d'un homme *sui juris,* sans lui enlever son droit héréditaire, trouvait dans le testament le moyen d'assurer, dans une autre forme, le droit d'hérédité ab intestat de l'enfant, que la *capitis deminutio* lui avait fait perdre. Plus tard, le Préteur, suppléant la volonté présumée du père, dans les cas où il avait négligé de sauvegarder ainsi les intérêts de l'enfant émancipé, accorda à ce dernier une *bonorum possessio*.

Il réparait ainsi ce que j'appellerai la maladresse de l'émancipation, en restreignant ses effets au seul qui dans la plupart des cas avait été l'objectif du père : donner à l'enfant la position d'un *paterfamilias*.

La portée de l'émancipation n'est donc pas tant étendue dans ses *effets*, que dans la *manière* dont ceux-ci étaient atteints : ce qui n'avait été qu'une *peine*, devenait un *but*, on ne recourait au *mancipium* que pour réaliser un seul de ses *effets*. Quelques autres actes apparents donnent lieu aux mêmes observations. La *mancipatio*, le *nexum*, l'*in jure cessio* engendraient identiquement les mêmes effets qu'une vente sérieuse, qu'un prêt sérieux, qu'un jugement sur l'action en revendication. Là où ces copies restaient inférieures à l'original, c'était uniquement dans la manière dont ces effets étaient produits, et notamment dans le procédé tout à fait artificiel à l'aide duquel on suppléait à l'absence de quelque condition requise. Ce procédé consistait dans un paiement ou dans un procès apparent. Tous les actes apparents, soit qu'il leur manque certains effets ou certaines conditions, ont donc ceci de commun entre eux, c'est qu'à tous il manque un élément *essentiel* de l'acte dont ils sont l'image. Ils ne sont point la mise en œuvre ou l'application de cet acte, ils n'ont avec lui qu'une simple corrélation; encore celle-ci n'est-elle parfois que toute extérieure.

C'est là une considération que l'on ne peut jamais perdre de vue lorsque l'on veut porter un jugement sur les actes apparents. Les développements dans lesquels nous sommes entrés ont abondamment montré que les créateurs de ces actes s'en sont souvent souvenus [443]. Mais je tenais à attirer plus fortement encore, sur ce point, l'attention du lecteur.

L'axiome suivant résume donc toute mon opinion : l'acte apparent se rattache à l'acte originaire, non pas dogmatique-

---

[443] V. III, 220.

ment, mais par une relation purement historique. Il procède de l'acte originaire, non comme une branche vivant de la vie du tronc, mais comme une bouture ayant acquis une existence indépendante. Et pour parler sans figure, la théorie de l'acte originaire ne s'applique point à l'acte apparent. Celui-ci a sa théorie propre qui s'écarte souvent de l'autre dans les points les plus essentiels. Les modifications subies par l'une, n'entrainent point de changements dans l'autre ([444]). Si l'acte apparent acquit une valeur pratique aussi grande, c'est que les juristes se donnèrent libre carrière en y adaptant les règles des actes originaires, c'est qu'ils surent à leur gré modifier les unes et rejeter les autres. Cette indépendance et cette spontanéité dogmatiques, il est vrai, maint acte apparent ne les obtint que peu à peu, mais d'autres les apportèrent avec eux en naissant. Le *testamentum per aes et libram* était un acte apparent émané de la *mancipatio*. Or, la *mancipatio* donnait un droit irrévocable. Nul ne croira jamais que cette règle ait pu être appliquée dans le testament par mancipation. Toute l'utilité pratique de ce dernier serait venue à disparaître, il aurait cessé d'être ce qu'il avait toujours été: un *testament*, pour devenir une disposition de dernière volonté *irrévocable*: un pacte successoire. Dans la *coemptio* réelle, tout le patrimoine de la femme appartenait au mari et réciproquement, si celui-ci venait à mourir, elle héritait de lui. Il eût été certainement peu adroit d'appliquer ces deux règles à la *coemptio fiduciae causa;* et il nous est expressément attesté qu'elles ne s'y appliquaient point ([445]). Le jugement n'engendrait d'effets qu'entre les parties: il en était ainsi du jugement sur l'action en revendication. L'*in jure cessio*, au contraire, allait au delà;

([444]) Ainsi on défendit de bonne heure la vente des femmes en *mancipium*, mais cela n'eut aucune conséquence pour la vente apparente.

([445]) Quant au premier point: v. Gaius, II, 98: *sive quam in manum* UT UXOREM *receperimus;* quant au second: v. Gaius, I, 115^b, 118.

ses effets étaient absolus. Mais dans un cas, celui de la *tutela legitima mulierum*, ses effets étaient plus restreints que ceux de la *vindicatio*, ils venaient à tomber par suite de la mort ou de la *capitis deminutio* du cédant ([446]). La revendication d'une hérédité n'était possible qu'après l'adition; l'*in jure cessio* de l'hérédité, au contraire, devait précéder l'adition, et encore ne pouvait-elle avoir lieu qu'en cas d'*hereditas legitima*.

Ces preuves suffisent pour justifier une opinion qui ne rencontrera aucun contradicteur quelque peu familier avec le tact pratique des juristes romains. Ceux-ci n'avaient garde, dans l'interprétation des lois, de s'en tenir aveuglément à la lettre de la loi, sans se soucier des conséquences auxquelles ils allaient aboutir (III, 145 s.). Dans l'acte apparent aussi, ils osèrent s'écarter des voies de la logique. Ils surent la suivre chaque fois qu'elle conduisait à des résultats qui n'étaient point en contradiction avec le but de l'acte apparent, bien qu'ils ne fussent pas absolument nécessaires à ce but, mais ils refusaient de la suivre au-delà de ces limites. Ce furent les juristes qui firent cela ; ce furent eux qui façonnèrent la théorie de l'acte apparent de telle manière qu'elle répondît à son but, et les parties n'avaient que faire de chercher mille moyens d'échapper aux conséquences gênantes d'une application réelle de l'acte originaire. Là est pour moi la signification véritable de l'acte apparent, là est le caractère spécifique qui établit la démarcation entre les actes apparents du *droit* et les voies détournées de la *vie* ou les actes simulés ([447]). TH. MOMMSEN a nommé

([446]) ULP., XI, 7.

([447]) TH. MOMMSEN, Röm. Forschungen 2 éd. p. 408 émet l'avis que les parties dans l'acte apparent, qu'il appelle acte dénaturé, comme dans l'acte simulé étaient soumises aux mêmes régles de droit, mais que dans les actes dénaturés elles se soustrayaient de l'une ou de l'autre manière aux conséquences de fait en vue desquelles ces règles avaient été établies ; et enfin que les deux espèces d'actes ne se distinguaient pas par la diffé-

l'acte apparent un acte *dénaturé*. Je considère l'expression comme tout à fait exacte. Mais l'acte n'était point dénaturé dans le sens que Mommsen y attache. Ce n'étaient point les parties seules, qui dans un cas spécial étendaient violemment la portée de l'acte — cela n'eût affecté en rien la nature, l'idée de l'acte lui-même; — l'acte était dénaturé en ce sens que le droit lui-même en étendait la portée, en d'autres termes, qu'une forme nouvelle d'acte était créée.

Ces explications, intéressantes en elles-mêmes, étaient nécessaires pour nous permettre de ranger parmi les actes apparents, un acte sur lequel l'attention n'a été attirée que dans ces derniers temps, et auquel Mommsen conteste la qualité d'acte apparent. La théorie que nous venons de développer au sujet des actes apparents s'en trouvera singulièrement renforcée. Il s'agit de l'*arrogatio* employée par les patriciens pour se faire recevoir dans les rangs de la plèbe *(transitio ad plebem)* (448).

---

rence de leurs *conséquences juridiques* mais uniquement par celle de leurs conséquences *de fait*. Mais Mommsen ajoute cette restriction, que dans les formes apparentes que le droit tolère et développe, les conséquences juridiques ont été peu à peu plus ou moins altérées. Il résulte de là qu'il n'est pas si loin de partager mon avis qu'il pourrait paraître d'après ses premières expressions.

(448) C'est Becker, je crois, dans ses Röm. Alterth. II, p. 156 qui le premier a désigné l'arrogation comme le seul et unique moyen d'arriver à la *transitio ad plebem*, sans cependant expliquer et motiver cette opinion. Le premier qui l'a fait est L. Lange dans un rapport au congrès des philologues à Meissen, reproduit dans la Zeitschr. für Osterreich. Gymnasien, 1863, p. 861 s. Th. Mommsen a cherché à motiver l'opinion exprimée par lui dans sa dissertation sur les familles patriciennes (Rhein. museum N.F. XVI, p. 358) que la *transitio* se faisait indirectement par la *detestatio sacrorum*, dans un appendice à la 2e édition de ses röm. Forschungen, p. 399-411, et à établir l'impossibilité juridique de l'opinion de Lange. Celui-ci a à son tour répondu dans son écrit : Ueber die *transitio ad plebem*. Leipz., 1864 (résumé dans ses Röm. Alterth. T. 1, 2e édit. p. 122 s.).

Le fils du plébéien était plébéien. Un patricien qui voulait passer dans les rangs de la plèbe afin de devenir éligible au tribunat n'avait pour atteindre ce but qu'à se faire arroger par un plébéien, ou s'il était fils de famille, qu'à se faire adopter par lui. La chose rencontrait des difficultés à l'époque ancienne mais celles-ci avaient déjà disparu à l'époque florissante de la république. L'arrogé ou l'adopté, s'il le voulait, était ensuite, d'après convention, émancipé et acquérait la position de *pater familias*. Un pareil projet, il est vrai, ne se réalisait qu'au prix de sacrifices graves : perte du patriciat, abandon des *sacra* et du nom, renonciation au droit héréditaire. La logique des faits l'exigeait ainsi. La dureté de pareilles conditions devait faire rechercher une forme moins rigoureuse. Il fallait, ou bien trouver une forme neuve appropriée au but qu'on poursuivait, ou bien façonner le droit existant, en usant du détour ménagé par l'arrogation, de façon à éviter la rigueur de ses conséquences. Quiconque nous a suivi dans cette étude n'hésitera pas sur le procédé qui dut plaire le mieux aux juristes romains. En admettant même qu'ils se fussent décidés pour la première alternative, il est incontestable dès à présent que plus personne n'eût eu recours à l'ancien détour, et que la voie directe qui aurait été ouverte, eût été universellement suivie.

Lorsque Clodius, pour devenir tribun, se résolut à passer dans les rangs de la plèbe, il se servit, comme on sait du moyen indirect. Un plébéien, Fonteius, l'arrogea et ensuite l'émancipa. Nul ne pouvait conserver le moindre doute sur le but de cette détermination. Rome toute entière, les Pontifes mêmes dont l'intervention était nécessaire, étaient au courant des desseins de Clodius. Dans l'arrogation même figurait au premier rang, comme *adrogator,* un homme moins âgé que celui qui devait être arrogé, ce qui donnait à l'acte un caractère encore moins sérieux. Deux hypothèses peuvent expliquer le consentement des Pontifes à prêter leur concours. La première est celle d'une connivence des Pontifes. Nous ne pouvons l'admettre à cause de la sévérité avec laquelle ils avaient l'habitude

d'examiner les conditions de l'arrogation. Or, remarquons le bien, et MOMMSEN en convient lui-même, l'acte qu'il s'agissait d'accomplir était purement arbitraire et contraire à l'essence même de l'adoption. Du reste cette connivence n'eût-elle pas été mieux dissimulée et n'aurait-on pas fait choix d'un *adrogator* plus âgé? Reste la seconde hypothèse : celle d'une coopération obligée des Pontifes à une *acte apparent* dans le sens expliqué par nous. Cette dernière hypothèse me semble vérifiée par des motifs tout à fait déterminants. CLODIUS conserva son nom patricien; il ne porta point, selon l'usage dans l'adoption réelle, le nom de son père adoptif; il conserva ses *sacra* et resta en pleine possession de ses droits héréditaires (449). Toutes ces circonstances, explicables dans la seconde hypothèse, ne sauraient se justifier dans la première. Les Pontifes restreignirent les effets de l'arrogation au seul but qu'elle avait en vue : faciliter le passage du patriciat dans les rangs de la plèbe. Tout ce qui allait au delà de ce but, ils n'en tinrent aucun compte. En agissant ainsi, ils ne firent que suivre la marche adoptée dans la plupart des autres actes apparents. L'*arrogatio fiduciae causa* conclue en vue de la *transitio ad plebem* se trouve ainsi être le pendant de la *coemptio fiduciae causa* telle que nous l'avons décrite, et ainsi s'évanouissent toutes les objections que l'on a tirées contre notre opinion, de la logique des Romains. Dans les actes apparents, la logique du droit romain consistait précisément à bannir la raideur incommode de la logique, à éliminer toutes les conséquences dont on ne voulait point : en un mot, la logique du *but* primait celle des *moyens*.

L'on s'explique ainsi, dans le cas dont nous venons de parler, qu'un homme plus jeune que celui à arroger jouât le rôle de père adoptif. Nulle protestation ne pouvait valoir celle là pour

(449) LANGE, l. c. p. 33-38, 42-48.

enlever à l'arrogation son caractère sérieux ([450]). Dans l'opinion contraire, le fait n'eût été qu'une dérision, sans but aucun, à l'adresse du collége des Pontifes.

A cette espèce d'arrogation, l'empire en ajouta une autre qui n'a encore fait l'objet d'aucune étude, que je sache. Je veux parler de l'emploi de l'adoption comme forme de la proclamation du successeur au trône *(adoptio regia)*. Véritable adoption sous les premiers empereurs, conférant à l'adopté la position d'un fils de famille, dans toute sa plénitude ([451]), elle devint insensiblement une simple formalité ayant son but déterminé. Dès l'époque de DIOCLÉTIEN, les sources l'attestent, on distinguait parfaitement cette dernière forme de l'adoption réelle ([452]). Déjà de bonne heure les empereurs eux-mêmes ne cherchaient point dans cet acte le moyen de se donner un fils dans le sens naturel et juridique ([453]). Quand on se fut accoutumé à cette signification de l'acte, on ne fut plus guère tenté de tirer les conséquences de la théorie ordinaire de l'adoption, d'attribuer à l'empereur le patrimoine du successeur au trône ([454]), ou d'assigner à ce dernier l'hérédité privée de

---

([450]) LANGE, l. c. p. 13. Il cite, en termes de comparaison, la prétendue signification symbolique des *senes coemptionales*. (V. note 433 in f.).

([451]) TIBÈRE, par exemple, se conduisit absolument comme un fils de famille depuis son adoption par AUGUSTE. SUETONE Tiberius c. 15 : *nec quidquam postea pro patrefamilias egit*, etc.

([452]) SPARTIAN. Aelius Verus c. 1... *non testamento, ut antea solebat, neque eo modo, quo Trajanus est adoptatus, sed eo prope genere, quo nostris temporibus a vestra clementia Maximianus atque Constantius Caesares dicti sunt quasi quidam principum filii viri et* DESIGNATI *augustae majestatis* HEREDES.

([453]) Par exemple, Galba, TACITE, I, 15 : *Augustus in domo successorem quaesivit, ego in re publica.* Adrien : V. SPARTIAN. c. 4 : *tu patrimonii tui, non reipublicae quaeris heredem.*

([454]) Sans cela, par exemple, le patrimoine d'AELIUS VERUS qui mourut avant ADRIEN, en laissant un fils, eût du passer à ADRIEN comme pécule.

l'empereur. En adoptant ANTONIN LE PIEUX, ADRIEN lui imposa la condition d'adopter MARC-AURÈLE comme successeur, d'adopter comme successeur de celui-ci, comme son petit-fils par conséquent, VERUS, et de donner sa fille en mariage à ce dernier. ANTONIN accomplit la première partie de la condition. Pendant leur vie cependant, MARC-AURÈLE et VERUS ne cessèrent d'être considérés comme frères (les *divi fratres* après leur mort), bien que juridiquement le premier fût le père de l'autre. Au lieu d'épouser la fille de son grand-père adoptif, que son aïeul adoptif lui avait destinée, VERUS obtint en mariage la fille de MARC-AURÈLE, son père adoptif ou frère, tandis que celui-ci prit pour femme la fille de son propre père adoptif, ANTONIN (455). Un pareil renversement de l'ordre naturel de la famille ne permet pas de songer un instant à de vrais rapports de parenté. Ce n'étaient là que des conventions purement politiques qui n'avaient de l'adoption que le nom, qui ne servaient qu'à régler l'ordre de la succession au trône, et qui restaient sans aucune influence sur les rapports privés (456). C'était un principe nouveau qui prévalait, l'*adoptio regia* (457), dans lequel les formes anciennes qui étaient encore observées

---

(455) SPART. Hadrian. c. 22. Ael. Verus c. 6. CAPITOL. Verus c. 3. Ant. Phil. c. 5. Juridiquement on pouvait, il est vrai, rendre possible l'adoption du beau fils, si le père commençait par laisser sortir de sa puissance la fille. L. 17, § 1 de r. n. (**23**-2) (pas de contradiction avec L. 23 in f. de adopt. **1**-7) — c'est là se faire un jeu des rapports de famille et les personnages que nous venons de nommer ne peuvent avoir eu pareille intention. Marc-Aurèle avait 18 ans lorsqu'il adopta Verus, quelques années de plus que lui. CAPIT. Ant. Phil. c. 5. CAPITOL. Ant. Pius c. 7... FRATREM *sibi participem in imperio designavit... et quasi* PATER *(ejus) esset et Verum eum appellavit addito Antonini nomine filiamque suam Lucillam fratri despondit.* id. Ant. Philos. c. 5.

(456) C'est ainsi qu'Antonin le pieux ne laissa pas sa succession à son fils adoptif mais à sa fille naturelle. CAPITOL. Pius c. 12.

(457) C'est ainsi que l'appelle CAPIT. Ant. Phil. c. 5.

au début, cédèrent bientôt la place à d'autres. ADRIEN n'apprit qu'il succédait à TRAJAN, pendant son séjour en Espagne, qu'en recevant la patente qui le désignait comme le chef futur de l'empire ([458]). Lorsqu'il mourut en Espagne, y eut-il un seul juriste qui déclarât caduc le testament qu'il avait fait auparavant et qui eût l'idée d'attribuer son patrimoine à TRAJAN, à titre de pécule? Il est permis d'en douter. Au III[e] siècle même, on cessa de recourir à la forme de l'adoption. Des lettres patentes désignaient le successeur au trône et lui décernaient le titre de César. L'acte même fut désigné comme concession du *caesarianum nomen* ([459]).

L'*adoptio regia* est, je crois, l'acte apparent le plus récent que nous montre l'histoire du droit romain. La technique de l'époque classique pouvait se passer de ces moyens artificiels, dont la jurisprudence, dans sa jeunesse, avait invoqué l'aide. Les actes apparents existants se conservent encore en partie; l'histoire ne nous en signale plus de nouveaux. L'ère des actes apparents était close.

Les *fictions* ont eu, dans ces derniers temps, la bonne fortune d'être l'objet d'une étude spéciale ([460]). Il semble cependant

---

([458]) SPART. Hadr. c. 4.

([459]) Déjà à l'époque de Commode. CAPITOL. Clod. Albinus c. 2 : *literas dederat, quibus jusserat ut Caesar esset... Alias ad te publice de* SUCCESSORE *atque* HONORE *dedi*, etc. Il n'est pas fait la moindre allusion ici à l'adoption. Id. c. 3 : *donantem me* CAESARIANO NOMINE.

([460]) KUNTZE, Die Obligation und die Singularsuccession (1856) p. 87-90. p. 377 s. KÖPPEN, Die Erbschaft (1856) p. 6-9. BERGER, Kritische Beiträge zur Theorie des österr. allgemeinen Privatrechts (1856) p. 71-95. DEMELIUS, Die Rechtsfiction (1858) et Munchener Krit. Vierteljahrsschrift X, p. 354 s.

qu'on ait exagéré leur importance ([461]). SAVIGNY ([462]) a tout dit pour caractériser la véritable nature des fictions lorsqu'il s'exprime en ces termes : « S'il naît une forme juridique nouvelle, » elle est aussitôt rattachée à une forme antérieure, et elle » participe ainsi à sa précision et à son perfectionnement. Telle » est l'idée de la fiction, idée d'une importance capitale pour le » développement du droit romain et que des auteurs récents ont » souvent pitoyablement méconnue. »

Il faut bien l'avouer, la fiction prête un peu le flanc sous ce rapport. Elle est un des phénomènes de la technique juridique au moyen desquels on peut facilement, devant des ignorants, déverser le ridicule sur la jurisprudence romaine. CICÉRON, que nous avons déjà si souvent surpris dans cette besogne, ne s'en est pas fait faute dans cette matière encore ([463]). Feindre qu'un obstacle que l'on ne peut surmonter soit tout à coup enlevé, effacer toutes les conséquences défavorables d'une émancipation en la déclarant elle-même non avenue, faire passer comme le fils du patron la propre fille de celui-ci, d'un étranger faire un citoyen, et pour lui donner la capacité d'hériter, attachée à la possession du *jus liberorum*, aller jusqu'à supposer des enfants à la chaste Diane elle-même ([464]) : puérilités! sottises! serait-on tenté de s'écrier. Il est à peine compréhensible, à mon avis, que des juristes aient pu prendre le change devant ces bizarreries, et cependant l'histoire littéraire

---

([461]) Par exemple, KUNTZE qui voit dans cet empire étonnant des fictions une action *diabolique!* BERGER exagère également à mon avis.

([462]) Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 3 édit. p. 32.

([463]) In Verrem II, 2, 12 : *Judicia hujusmodi : qui cives Romani erant, si Siculi essent, quum Siculos eorum legibus dari oporteret ; qui Siculi, si cives Romani essent.* C'est la célèbre fiction du droit de cité que nous connaissons maintenant également par GAIUS, IV, 37.

([464]) V. sur ces exemples GAIUS, III, 26. IV, 28. DIO CASSIUS c. 55 in init., notes 463 et 472.

nous en offre un exemple éclatant dans un des juristes les plus renommés du siècle dernier ([465]).

En réalité, rien n'est plus simple que les fictions. Un exemple emprunté à la vie actuelle, va faire toucher la chose du doigt. Une administration de chemins de fer, un receveur de contributions ont fait imprimer des formules. Celles-ci, soit par oubli, soit parce que tel article n'était pas encore connu, ne mentionnent point un produit quelconque devenu dans l'intervalle un article courant. Pour ne pas devoir faire réimprimer toutes les formules, on décide que ce produit devra être porté dans une des colonnes existantes, que les lignites, par exemple, seront considérés comme houilles. Le Préteur romain fit-il autre chose lorsque étendant des actions à des rapports nouveaux il conserva sans changements les anciennes formules, se bornant à dire au juge qu'il aurait à traiter le rapport nouveau comme s'il appartenait à la catégorie des anciens? Il n'y avait là, en effet, qu'une forme particulière de l'extension par analogie de la loi : rien de plus (note 465).

Tel, et pas autre, était le but de la fiction. Elle dispense le Préteur ou la théorie, de changer la formule de l'action ou du principe. L'héritier seul peut intenter la *petitio hereditatis*, disait une règle du droit ancien. Plus tard, il devint nécessaire d'accorder la même action à d'autres personnes encore, par exemple, à l'acheteur des biens d'un débiteur insolvable, au *bonorum possessor*. Mais l'ancienne formule de l'action parlait d'*heres* ou d'*hereditas;* il eût fallu en changer la rédaction; il eût fallu changer aussi la formule de la règle ci-dessus. Or, cela présentait bien des difficultés. A la notion connue, familière, de l'*hereditas*, il fallait substituer une notion nouvelle,

---

([465]) Heineccius Antiq. jur. Rom. I, 2 § 24. Historia jur Rom. I, 3, § 70. Son adversaire dans la discussion sur le caractère du droit prétorien, Richey, avait frappé juste d'un seul mot, en nommant les fictions : *interpretationes extensivas*.

plus générale : celle de la succession universelle; il fallait la concevoir nettement et la formuler. La vie devait-elle attendre que la doctrine eût résolu le problème? On adopta donc un moyen moins correct en théorie, mais d'une pratique plus rapide. Le *bonorum emptor* et le *bonorum possessor* furent considérés comme *heredes*. Ils ne l'étaient point, il est vrai, mais on *feignit* qu'ils l'étaient, c'est-à-dire on les traita comme tels; on les identifia avec les *heredes* sous ce rapport déterminé. L'on sauva ainsi, dans la forme, le droit antérieur. Après comme avant, le Préteur délivra l'ancienne formule, seulement il y ajouta l'avis au juge rappelé plus haut. Après comme avant le professeur enseigna la même règle; et si le disciple objectait que ces personnes n'étaient cependant point *heredes*, il repoussait l'objection, comme le Préteur repoussait celle du juge, en lui disant : elles ne sont pas *heredes*, mais sont censées l'être quant au droit d'intenter l'action.

« Le testament est l'expression de la dernière volonté d'un » citoyen romain, celui qui n'a point cette qualité au moment » de sa mort ne peut laisser un testament valable. » Telle était la règle du droit ancien. Elle entraînait cette conséquence que le testament du citoyen qui mourait prisonnier de l'ennemi n'était pas valable. La loi *Cornelia* supprima cette conséquence quant aux testaments faits *avant* la captivité. Elle eût pu introduire ouvertement cette innovation; c'est ainsi que nous procéderions aujourd'hui, et peut-être l'eût-elle fait, sans les juristes romains qui, dans l'intérêt de leur discipline juridique, créèrent une fiction qui laissait extérieurement intact le principe fondamental. C'est la célèbre *fictio Legis Corneliae*. Le testateur, disait la loi, sera censé être mort au moment de sa réduction en captivité, c'est-à-dire alors qu'il était encore citoyen romain et libre ([466]).

Ces deux exemples nous serviront pour démontrer le mé-

([466]) L. 18, 22 de capt. (**49-15**).

canisme particulier et la destination technique de la fiction.

Le *but* de la fiction consiste à aplanir les difficultés qui sont inhérentes à l'adoption et à l'application de nouvelles règles du droit plus ou moins incisives. Elle laisse la doctrine traditionnelle intacte dans son ancienne forme, sans cependant diminuer en quoi que ce soit la pleine efficacité de la forme nouvelle. La fiction tourne les difficultés au lieu de les résoudre. Elle n'est, en cela, que la solution scientifiquement imparfaite d'un problème, et mérite, comme l'acte apparent d'être nommée un *mensonge technique consacré par la nécessité*. Mais, d'un autre côté aussi, elle offre un moyen plus facile et plus commode d'arriver au même but pratique. Elle facilite donc le progrès, et le rend possible à une époque où les forces feraient encore défaut à la science pour donner au problème sa véritable solution. Sans les fictions, maintes innovations pleines d'importance du droit romain ne se seraient probablement produites que bien plus tard. Il est aisé de proclamer que les fictions ne sont que des expédients; on a beau jeu de les comparer à des béquilles que la science devrait rejeter. Rien de plus vrai, si la science peut avancer sans y avoir recours. Mais, mieux vaut encore que la science marche à l'aide de ces béquilles, que de succomber sans cet appui ou de n'oser risquer un mouvement. Ces béquilles, ce n'est point le hasard qui les a fournies à la science; elle s'en est armée elle-même, d'instinct, en faisant ses premiers pas. Le droit anglais a fait de ce moyen l'application la plus large. Une fois de plus cet exemple nous prouve que nous ne nous trouvons point en présence d'une institution romaine spécifique, mais qu'à une certaine phase de développement intellectuel c'est sous l'empire d'une profonde nécessité que pareille institution fait son apparition dans le droit. Lorsque la science a dépassé la période d'enfance, lorsque déjà les siècles ont mûri la pensée humaine, l'ont affermie, et lui ont communiqué cette puissance d'abstraction qui est nécessaire pour réformer les bases théoriques d'une doctrine, alors encore, comme moyen de transition pour se

rendre maître d'une idée complètement neuve, la fiction peut avoir une certaine légitimité. Au désordre sans fiction est mille fois préférable l'ordre avec fiction.

D'autre part, toute fiction, à cause de son imperfection même, avertit la science d'avoir à rechercher le plus rapidement possible un moyen plus parfait. Mais mettre la jurisprudence en demeure de répudier les fictions avant qu'elle ait réussi à trouver la solution véritable qu'elle recherche, autant vaudrait forcer celui qui porte des béquilles à les abandonner avant de savoir marcher sans leur aide.

Les fictions dont je viens de parler, je pourrais les appeler *historiques :* elles représentent une forme particulière du progrès dans l'histoire, elles relient les rapports nouveaux aux antiques institutions. Mais il est deux autres rapports auxquels on applique le même nom et qui présentent avec elles une différence profonde. Était-ce une fiction, lorsque la *lex de arrogatione* assignait à l'enfant arrogé la position d'enfant naturel? Certes non ([467]), c'était une assimilation, et toute assimilation n'est pas une fiction. Est-ce une fiction lorsqu'une loi moderne assimile les juifs aux chrétiens? La fiction contient bien aussi une assimilation; témoin l'exemple du *bonorum emptor* et du *bonorum possessor* (p. 294). — Mais ce qui est caractéristique, c'est la forme dans laquelle elle la crée et le but qu'elle poursuit en le faisant. Au lieu d'élargir la règle du droit de manière à lui faire embrasser le rapport auquel il doit être étendu, c'est ce rapport, au contraire, qui est de force enserré dans la règle. La pensée juridique doit se le figurer sous une autre forme que sa forme propre. L'extension réelle que reçoit la règle reste secrète et voilée. Il en est tout autrement dans les cas que nous venons de citer. Au lieu de déter-

---

([467]) DEMELIUS, dans son ouvrage cité à la note 460 comprend ce cas et tous les cas analogues sous la notion de fiction, ce qui ne peut qu'obscurcir celle-ci.

miner d'une manière précise et détaillée la position juridique que l'enfant arrogé, que les juifs occuperont désormais, on se borne à se référer à la position de l'enfant naturel, des chrétiens. Les principes à appliquer sont résumés d'un seul mot, c'est un renvoi, ce n'est pas une fiction. Pareils renvois se reproduisent partout et toujours, dans les lois aussi bien que dans les actes juridiques des personnes privées ([468]), parfois ils sont l'expression d'un privilège spécial ([469]), — de signification technique ils n'en ont point.

([468]) DEMELIUS cite comme fictions, des phrases comme : *decem viri eodem jure sint, quo qui optima lege* (CICÉRON de leg. agr. II, 11) et l'ancienne formule curiale : *Siremps lex res jus causaque omnibus omnium rerum esto* (VAL. PROB. de not. § 3), etc. Mais on pourrait de cette manière parler de fiction dans le cas où un locataire loue la maison aux mêmes conditions que son prédécesseur. — C'est une facilité pour le copiste et rien de plus.

([469]) A Rome, par exemple, le *jus liberorum,* qui assimilait la femme sans enfants, par rapport aux dispositions sur la capacité, à la femme ayant des enfants ; la *restitutio natalium,* qui donnait aux affranchis la position de ceux qui étaient nés libres. Peu importe que l'on emploie à cette occasion la tournure : *tout comme* si elle avait des enfants, *comme* s'il était né libre (L. 5, § 1 de nat. rest. 40-11). Peu importe aussi que les deux notions se soient manifestées dès le principe dans la forme de fictions, que les empereurs, par exemple, qui ont les premiers dispensé de la nécessité d'avoir des enfants, ou qui ont accordé à l'affranchi la position d'un *ingenuus*, l'aient fait quant à la forme, en admettant *fictivement* comme acquises, dans les lettres patentes, la possession d'enfants ou la naissance libre. Après que la notion du *jus liberorum* et de la *restitutio natalium* se fut ainsi successivement reproduite et assise dans des applications particulières, on put négliger cette corrélation de forme, ainsi qu'on le fit dans une foule innombrable d'autres cas. L'*actio Publiciana* était originairement une *actio fictitia,* elle ne l'est plus aujourd'hui. On pouvait de même à l'époque ancienne traiter l'*acceptilatio* ou la *novatio* comme paiements fictifs ; mais après que les deux actes se furent, sous le couvert de cette convention, élevés à la hauteur de principes indépendants, ils

Le terme : fictions, a passé dans l'usage pour exprimer ce second rapport; soit : bornons-nous à constater la différence de ce rapport avec les fictions proprement dites que nous avons décrites ci-dessus. L'existence de la personne juridique, enseigne-t-on, repose non point sur la présence d'êtres naturels mais sur une fiction. Cette fiction soumet en effet notre pensée à ce même travail, de se représenter le rapport de fait autrement qu'il n'est en réalité, de se représenter comme sujet, non les membres isolés de la corporation, mais un être imaginaire : la corporation. Mais la fiction n'a pas ici pour but de rattacher au droit antérieur une règle de droit nouvelle; elle ne tend qu'à faciliter une conception juridique. Nous n'avons point à entrer ici dans l'examen de cette fonction *dogmatique* de la fiction; notre cadre ne le comporte point. Mais nous tenions à dissiper le trouble qu'elle pourrait apporter dans la conception exacte de la fonction *historique* des fictions.

Revenons-en à ces dernières. La fiction proprement dite correspond exactement à l'acte apparent; souvent même, pour reproduire une expression dont nous nous sommes servis déjà (III, 72), elle n'en est que le *caput mortuum*. La même cause lui a donné naissance, sa manière de procéder est la même. Ce que l'acte apparent obtient par le moyen plus compliqué d'un *acte*, la fiction le réalise plus simplement au moyen de la *pensée*. Tous deux s'emparent violemment du rapport qu'ils traitent, pour le coucher sur le lit de Procuste des actes, des principes et des actions judiciaires déjà existantes. La seule différence que l'on puisse signaler, c'est que l'acte apparent, dans le sens que nous lui avons reconnu, trouvait sa principale application plutôt dans le commerce juridique romain que dans la procédure, tandis que cette dernière était précisément le

valurent *sua vi ac potestate* (Gaius, IV, 33) sans que la notion de paiement dût encore intervenir en quoi que ce fût. Une fois que la science les eut reconnus pour ce qu'ils étaient la période de fiction était passée.

terrain où se mouvait surtout la fiction. Le droit anglais nous offre le même spectale. La transition de la procédure des *legis actiones* à la procédure formulaire semble avoir été principalement ménagée par les fictions ([470]). Elles apparaissent dans la procédure sous une double forme, tantôt comme une proposition incidente, tantôt comme une prémisse. Dans le premier cas la formule n'exprimait qu'une seule condition, toujours la même : *si paret..*, dans le second cas, la formule contenait une double condition ([471]). Cette dernière forme de la fiction paraît être la plus ancienne.

Je me suis déjà exprimé sur la prétendue origine historique de la fiction dans le droit ecclésiastique (p. 278). Sa destinée ultérieure fut celle de l'acte apparent, elle s'éteignit lentement. On commença par n'en plus sentir la nécessité, on finit par ne plus la comprendre. JUSTINIEN en découvrit quelques traces encore : il s'indigna de ce que l'antiquité eût eu recours à de pareils procédés et il les extirpa radicalement ([472]). Ce que la

([470]) KELLER Civilprocess § 25, note 298 (3e édit. p. 98). Les objections de DEMELIUS, p. 51 s., ne m'ont pas convaincu.

([471]) V. des exemples de la première espèce dans GAIUS, IV, 37 : *Si paret ope consilio Dionis Graeci Lucio Titio furtum factum esse paterae aureae, quam ob rem eum, si Civis Romanus esset, pro fure damnum decidere oporteret,* etc. V. des exemples de la seconde dans GAIUS, IV, 34 : *Si A. A. Lucio Titio heres esset, tum si paret fundum, de quo agitur, ex jure Quiritium ejus esse oportere.*

([472]) Par exemple, L. 30 Cod. de jure dot. (**5**-12) : *ficti divortii falsa dissimulatione stirpitus eruenda.* L. 8 Cod. de donat. (**8**-54). L. 4 Cod. de bonis lib. (**6**-4), (dans les Basiliques : L. 28 de jure patron. (**49**-1) ed. Kriegel § 21, 26 : *antiqua simulatio et observatio, qua fingebamus patroni filiam esse filium, sublata sit... ex machinatione quadam in veteribus libris.* Qu'aurait dit JUSTINIEN, si, pour excuser les juristes anciens, on avait invoqué les propres paroles de JUSTINIEN dans le § 25 de cette loi : *tanquam si contracta fiducia emancipatio facta fuisse videretur* (reproduit dans le § 8 Inst. de succ. agn. subl. **3**-2) ou bien la L. 2, § 1 Cod. de

jurisprudence antique parvint à réaliser grâce au moyen primitif de l'acte apparent, ce que la fiction, plus simple déjà, permit à la jurisprudence intermédiaire d'accomplir, la jurisprudence classique l'amena à bien en s'inspirant de la forme la plus élevée, couronne de l'édifice juridique: l'extension analogique.

---

const. pec. (4-18) : *ita omnes res veniant in constitutam actionem, tanquam si fuisset ipsa pecunia substituta?* Le kobold de la fiction se venge souvent amèrement de ceux qui le poursuivent!

DEUXIÈME PARTIE.

LES DROITS DE L'ANCIEN DROIT PRIVÉ.

INTRODUCTION.

Caractère historique des principes fondamentaux du droit ancien. — Leur variabilité. — Leurs véritables sources. — Exagération de la valeur de l'élément logique en droit.

Non ergo a Praetoris edicto neque a XII tabulis, sed penitus ex intima philosophia hauriendam juris disciplinam.

CICÉRON de leg. I, cap. 5.

69. Nous nous étions proposés, dans la première partie de ce livre, d'expliquer les phénomènes, les idées, les lois qui se reproduisaient à des degrés divers dans les différentes parties du droit. Dans cette deuxième partie, nous allons exposer les *droits* qui composaient l'ensemble de l'ancien droit privé. Les idées générales qui leur sont communes et une foule de particularités nous ont déjà, dans le cours de cette étude, fait connaître en grande partie leur caractère. Mais nous nous sommes attachés jusqu'ici à des généralités, et nous sommes loin d'avoir épuisé l'étude de l'essence particulière des divers droits ou l'examen des idées qu'ils renfermaient. Il nous reste encore une étude très importante à faire.

C'est chose merveilleuse que cette partie du système ancien.

A l'époque postérieure, la procédure ancienne a disparu toute entière, et il n'en reste plus de traces, l'ancien acte juridique a disparu aussi avec ses formes et ses principes rigoureux. Seuls, au milieu du changement universel, les divers droits patrimoniaux semblent être restés intacts. Les principes de la propriété, de la possession, de la servitude, de l'obligation, ceux de la succession héréditaire universelle, ceux du legs, établis il y a plus de deux mille ans déjà, par les juristes anciens de Rome, sont encore les nôtres aujourd'hui. Est-ce à dire qu'ils bravent le cours des siècles, qu'ils sont éternels, impérissables, immuables, parce qu'ils sont l'expression du vrai absolu? Ou bien ont-ils varié aussi, à mesure que se transformaient les choses et les idées? L'identité du nom nous induit-elle en erreur sur les modifications subies par les institutions? L'écorce seule aurait-elle conservé son antique apparence, et le fruit serait-il nouveau?

Ici notre science se tait. Avec une fidélité scrupuleuse, elle a noté les changements que le temps apportait aux institutions, mais c'est en vain qu'on l'interrogerait pour connaître si ces changements ont affecté leur essence juridique, ont atteint le principe même des droits. Au premier coup-d'œil cependant on se rend compte de l'influence diverse qu'ont dû exercer sous ce rapport certains de ces changements. L'abolition de l'*in jure cessio* et de la *mancipatio*, l'élargissement des délais d'usucapion par JUSTINIEN, une série d'autres innovations en matière de droit de propriété, jouèrent dans la vie pratique un rôle important et réagirent sur la théorie de la propriété; mais ils n'amenèrent point la moindre modification, ni dans le principe de la propriété, ni même dans celui de l'acquisition de la propriété. Ces innovations, en effet, ne concernaient que le côté législatif ou économique de l'institution; son individualité juridique restait intacte. L'introduction de la tutelle dative *(tutor Atilianus)* ne présente aucun intérêt de principe pour l'histoire du droit de tutelle, tandis que la transformation de la tutelle en un rapport d'obligation, de rapport

de puissance personnelle qu'elle était *(jus ac potestas in capite libero)*, marque une phase de développement du principe qui dépasse en importance toutes les autres modifications que cette institution a subies. Sous ce rapport, le droit héréditaire mérite toute notre attention. La liberté de tester fut largement et heureusement développée, grâce à toutes les transformations qui s'introduisirent successivement dans la forme du testament romain. Le testament par mancipation se substitua au testament devant les comices ; à côté de la forme ancienne du testament oral, s'introduisit l'usage de la forme écrite, c'est-à-dire secrète ; on établit des formes spéciales pour certains testaments privilégiés. Mais toujours le principe même du testament resta sauf (473) ; ce que l'antiquité l'avait fait, il le fut toujours : une disposition *unilatérale* du testateur ayant trait à sa succession. Vint le codicille et avec lui s'introduisit un changement de principe des plus essentiels. L'*acte particulier* héréditaire (p. 144) était inconnu jusqu'alors : le codicille en apporta le principe. Depuis la loi des XII tables jusqu'à Justinien, le droit héréditaire ab intestat a été remué jusque dans ses fondements, mais la définition qu'en donnait le droit ancien est restée exacte dans tous ses termes ; le principe de la succession ab intestat est resté le principe ancien. Avec Justinien tout changea. D'un trait de plume, par son ordonnance sur l'adition de l'hérédité sous bénéfice d'inventaire, il altéra tout entier le principe de la succession héréditaire. Pendant mille ans, la notion de l'héritier (abstraction faite du droit spécial des soldats) était restée la même ; elle

(473) Si toutefois l'on partage quant au testament comitial l'opinion ordinaire, d'après laquelle le peuple ne devait point voter, mais n'avait à fonctionner que comme témoin. Celui qui admet avec moi le contraire devra voir dans la transition au testament par mancipation une altération très-essentielle du principe du testament — la transformation d'une *loi* dispensant dans un cas particulier d'observer la succession ab intestat, en un *acte juridique* ordinaire.

fut complètement changée. Les Sc. Trébellien et Pégasien opérèrent un bouleversement analogue dans l'histoire du fidéicommis universel. Mais le Senatusconsulte Pégasien est sans importance pour le développement des principes ; comme institution du droit héréditaire, le fidéicommis universel doit son origine uniquement au Senatusconsulte Trébellien.

Que conclure de là ? Après de pareilles transformations, sommes-nous encore, en réalité, en présence des mêmes principes ? Ces principes ne subissent-ils point encore des variations quotidiennes dans nos lois et dans notre jurisprudence ? Le principe de l'obligation romaine, par exemple, est-il encore le même aujourd'hui qu'au temps des juristes classiques de Rome ? Les titres au porteur sont là pour témoigner de la perturbation profonde apportée dans ce principe. Dans toutes les autres matières se reproduisent des phénomènes semblables ; l'on tenterait vainement de comprendre le système hypothécaire moderne si l'on s'en tenait aux principes du droit romain et l'on chercherait vainement à ranger la cession des titres au porteur sous la notion romaine de la cession.

En résumé le temps modifie les principes fondamentaux du droit aussi bien qu'il change les règles du droit. Les principes doivent nécessairement changer, car ils ne constituent point de simples catégories logiques, ils sont la concentration de règles matérielles et les règles changent avec les rapports. Croire à l'immuabilité des principes du droit romain témoigne d'une absence complète d'esprit critique dans l'étude de l'histoire.

Dès la première période de leur formation originaire, les principes fondamentaux du droit ont dû être exposés aux mêmes influences historiques, que celles qui ont pesé sur eux pendant tout le cours de leur histoire. Ce serait de la part de l'historien, montrer une coupable légèreté, ce serait avoir peu souci de sa mission, que de ne voir dans ces principes que des faits positifs de la vie romaine dont l'origine est enveloppée d'une obscurité impénétrable, des manifestations soudaines auxquelles la pensée et la volonté humaines sont restées étrangères,

des produits d'une mystérieuse puissance créatrice. Une pareille conception a beau vouloir paraître s'incliner avec une crainte respectueuse devant les ombres de l'histoire, elle rapetisse l'homme, elle rabaisse le droit. Le droit, en effet, n'est pas une plante, c'est un fragment de la pensée et du sentiment humains; le cœur, la raison de l'homme doivent expliquer ses mystères. Si donc les principes fondamentaux du droit romain ne peuvent nous révéler ni leur origine ni leur raison d'être, s'ils n'ont qu'une valeur de hasard, ils ne sont plus autre chose à nos yeux que les produits arbitraires des évènements de l'histoire et il importe que nous nous débarrassions au plus tôt de leur tyrannie.

L'étude que nous abordons doit en quelque sorte ouvrir la bouche aux principes du droit ancien et leur arracher le mot de leur origine et de leur but, elle est destinée à les ramener à leur état de fluidité primitive, à retrouver la substance originaire des idées, des appréciations et des considérations qui furent leur point de départ, à démêler les lois qui les ont revêtus de leur forme définitive; en un mot, elle nous fera pour ainsi dire assister au spectacle de leur formation et de leur cristallisation. Y a-t-il témérité de ma part à proposer pareil problème? La solution en est-elle possible? Quoi qu'on en puisse croire, la question n'en est pas moins la plus instructive et la plus attachante de toutes celles que j'ai traitées dans le cours de cet ouvrage. Oui, j'éprouve un charme indicible à épier la marche de l'esprit humain à travers les voies les plus obscures de son activité préhistorique, j'aime à découvrir ces galeries en ruines que le temps a comblées et que creusa patiemment la main des hommes. Mon esprit s'exalte à surprendre et à révéler la preuve que des milliers d'années auparavant, à cette même place, régnait une laborieuse activité, s'élaborait une création circonspecte et judicieuse, que ce monde souterrain du droit, avec ses fondations profondes n'est point l'œuvre d'une puissance naturelle aveugle, mais le fait librement voulu et la gloire de la pensée des hommes.

L'aspect rudimentaire du travail qui s'est fait et l'apparence extérieure des travaux qui le cachent à nos yeux sont bien faits, je l'avoue, pour refroidir cet enthousiasme et l'on ne s'est guère occupé jusqu'ici de pénétrer dans ces profondeurs. Mais il n'en est que plus beau, si le succès couronne nos efforts, de restituer à l'esprit humain ses propres conquêtes. Peu nous importe que les juristes romains eux-mêmes ne nous aient point frayé la voie et qu'ils s'en soient tenus aux parties pratiques du droit accessibles au grand jour. Nous n'avons que trop fidèlement suivi cet exemple. Il n'entrait point dans la manière des juristes romains de remonter par voie de recherche historique ou philosophique jusqu'aux sources premières du droit, ils n'avaient même nul souci d'indiquer leurs idées générales, leur méthode et l'appareil même au moyen duquel ils opéraient. Chez eux nulle critique du droit existant, au point de vue législatif. Par bonheur, les matériaux abondent pour accomplir ce qu'ils ont négligé d'entreprendre.

Qui ne croirait que notre jurisprudence moderne a depuis longtemps pénétré jusqu'au fond de ces questions? Le temps, certes, ne lui a pas fait défaut, mais je puis, sans présomption aucune, affirmer que ce qu'elle a fait dans cet ordre d'idées est insignifiant. En faisant les recherches dont je vais exposer les résultats, j'ai pu me convaincre que j'explorais un pays entièrement vierge, récélant enfouies dans son sein des richesses dont nous n'avons pas encore soupçonné l'existence. Je n'ai découvert, on le comprendra sans peine, qu'une faible partie de ces trésors, et encore que de pierres fausses, peut-être, parmi les joyaux que je rapporte! La jurisprudence historique se tient en général pour satisfaite lorsqu'elle s'est rendu compte des circonstances extérieures des phénomènes historiques; là où les sources s'arrêtent, elle croit devoir s'arrêter aussi. Or, nous l'avons vu, rarement les sources conduisent au fond des choses. Quant à la philosophie du droit qui devrait, elle, pousser bien plus avant ses recherches, le problème lui présente un caractère trop exclusivement histo-

rique pour qu'elle l'approfondisse. On comprend du reste que pour la critique des matériaux positifs et juridiques, le philosophe s'en rapporte aux juristes. Mais cette abdication a été funeste pour la philosophie du droit. Elle a subi le contrecoup de cette servitude intellectuelle à laquelle le droit romain nous condamne, nous autres juristes positifs, elle a accepté comme de bon aloi des principes que le romaniste est habitué à proclamer comme vérités absolues : le principe de la propriété romaine, par exemple [474]. Nous allons, dans les recherches qui vont suivre, tâcher de secouer cette chaîne; nous allons rechercher ce qui est historique et romain dans ces principes, ce qui y est déterminé par des considérations d'opportunité ou d'autres influences : nous acquerrons ainsi la mesure de leur valeur. Mais recherchons d'abord ce qui nous a valu ces entraves.

L'explication n'est pas longue. C'est l'illusion de la dialectique juridique qui entoure le côté positif des choses de l'auréole de la *logique;* elle cherche à nous faire accepter les institutions existantes comme fondées en raison. Mais au lieu d'en rechercher la justification historique, pratique ou morale, elle a l'ambition d'en établir la nécessité logique en se fondant sur des considérations qui n'ont été imaginées que dans ce but. La jurisprudence devait sourire à l'idée de faire prévaloir l'autonomie de la pensée juridique vis-à-vis des puissances réelles avec lesquelles elle concourt à la création du droit, elle devait rêver d'élever le positif à la hauteur idéale d'une vérité logique. On pourrait même dire que pareilles tendances sont inhérentes à la nature même de la jurisprudence. De nos jours,

---

(474) V. par exemple, TRENDELENBURG qui se distingue partout ailleurs par l'indépendance de son jugement, Naturrecht 2e édit., p. 211 : « Du » principe de la propriété résulte un droit illimité sur la chose qui est » propriété, en quelque main qu'elle se trouve. » Ce n'est là, cependant, qu'un de ces préjugés passés à l'état d'axiome chez les romanistes. V. au surplus la suite de cette partie.

cependant, elles sont devenues pleines de dangers. En effet, cette justification toute superficielle, cette illusion logique qui apparaît comme un mirage, détournent des vrais sources; or, c'est dans celles-ci seules qu'il faut puiser les derniers motifs des règles du droit et par cela même la véritable intelligence du droit en général. L'on croirait vraiment, à lire certains ouvrages récents, que le droit n'est essentiellement qu'une création de la dialectique juridique, pour l'intelligence de laquelle des vues pratiques ne sont pas nécessaires On semble avoir fait du droit un champ clos ouvert à tous les fanatiques de la subtilité scolastique. L'éclat de la logique recouvre tout le droit romain et éblouit quiconque s'en approche. L'œil se trouble et perd sa puissance de perception, si l'on n'a soin de le reposer sur le spectacle rassérénant de la vie. Au lieu de voir le monde réel où règnent les puissances réelles de la vie, l'on ne distingue plus que comme une espèce de *fata morgana* : un monde soumis à la toute puissance de l'abstraction. Le principe seul a créé le monde du droit, il y règne souverainement. Plus de forces réelles, vivantes, qui se meuvent dans le sein du droit, la dialectique du principe s'est mise à leur place; ce que celles-là ont créé, ont produit, c'est elle qui se l'attribue, en classant, selon la nature positive ou négative des résultats obtenus, les uns comme logiquement *nécessaires*, les autres comme logiquement *impossibles*. La représentation et le transport des obligations sont répudiés parce que le principe de l'obligation les condamne [475]; on ne peut succéder à quelqu'un, en partie en vertu de son testament et en partie en vertu du droit héréditaire ab intestat, parce que la succession testamentaire et ab intestat sont des principes logiquement incompatibles [476]. La succession immédiate est

[475] PUCHTA Pandekten § 273... « Cela est fondé non sur une singularité du droit romain, mais sur l'essence des obligations. » § 280.

[476] Je me suis déjà exprimé (p. 145) sur le motif pratique de cette règle.

un principe du droit héréditaire : il en résulte que nul ne peut succéder s'il n'était déjà conçu au moment de la mort du *de cujus* (477); la spécification doit donner la propriété sans que la bonne ni la mauvaise foi puissent exercer une influence quelconque, par cela seul que le principe le veut ainsi, et même l'acquisition de la propriété sur l'*insula in flumine nata* et sur l'*alveus derelictus* n'est que le résultat logique d'un principe impérieux (478).

Toutes ces règles et d'autres règles analogues ne devraient donc leur existence qu'à la seule logique? Et s'il plait à un législateur nouveau d'édicter précisément le contraire, n'aurons-nous donc qu'à taxer ses décisions d'arbitraires et de *monstrueuses?* (479). Monstruosité logique donc, la représentation directe admise par le droit actuel, monstruosités, les titres au porteur et l'hypothèque sur sa chose propre (lettres hypothécaires), monstruosités encore une foule d'autres principes

(477) Puchta, § 450.

(478) Puchta, § 154, 165. Les exemples se présentent en foule. V. notamment Dernburg Röm. Pfandrecht, II, p. 415. Bremer, Hypothek und Grundschuld. Göttingen, 1869, p. 36. Arnold Cultur und Rechtsleben, Berlin, 1865. p. 321. Puchta abuse souvent de ce genre de raisonnement, et si je puis en juger par ma propre expérience, son exemple a exercé sur beaucoup d'autres une influence déterminante. Nous pouvons espérer que cette tendance malsaine — je ne puis la nommer autrement — que cette idolâtrie de la logique a enfin atteint son point culminant; il serait difficile de dépasser encore les excès auxquels elle a donné lieu. Mais ces excès ont eu au moins ce résultat heureux de dessiller les yeux à tous ceux qui n'étaient pas absolument aveugles.

(479) Puchta, l. c. § 135 note c. § 202, note 1. La disposition du droit canon que Puchta critique si fort dans le premier de ces passages, parce qu'elle ne répond pas à son idée de la possession, n'établit autre chose en définitive, pour le cas de *violence,* que ce que le droit romain avait disposé, au moyen de l'*actio quod metus causa,* pour le cas de *contrainte.* — Or, Puchta, ni personne d'autre n'y a vu obstacle! Voilà notre indépendance des préjugés romains!

modernes ! Nous devrions les stigmatiser tous comme non-juridiques au lieu de saluer joyeusement leur avènement comme une manifestation plus puissante de notre conception juridique, parce que notre logique fut impuissante à s'élever plus haut que les principes du droit romain. Nous devrions nous avouer incapables de saisir ce qui n'est pas romain, ou ce qui ne peut passer sous le niveau romain ; comme si le droit romain contenait la loi éternelle de toute pensée juridique ! Mais de pareils aveux proclameraient notre propre déchéance.

Faisons donc une bonne fois table rase de ces préjugés (480). C'est méconnaitre l'essence même du droit, c'est verser dans une erreur complète, que de vouloir, au nom de la logique, faire de la jurisprudence la mathématique du droit. La vie ne doit pas se plier aux principes ; ce sont les principes qui doivent se modeler sur la vie. Ce n'est point la logique, c'est la vie, ce sont les relations, le sentiment juridique qui réclament ce qui doit être, et la nécessité ou l'impossibilité logique n'ont rien à voir ici. L'on aurait pu taxer les Romains de folie s'ils avaient pensé autrement, et s'ils avaient sacrifié les intérêts de la vie à la dialectique de l'école.

L'on objectera peut-être que les juristes romains eux-mêmes

(480) Je regrette de ne pouvoir m'arrêter pour montrer ici toute l'influence de ce préjugé sur notre manière de voir et sur notre méthode dogmatique. Grâce à lui nous négligeons le plus souvent le but législatif d'une institution et il n'arrive que trop fréquemment que nous la jugeons en nous plaçant à un point de vue abstrait qui va directement à l'encontre de son but. S'agit-il, par exemple, de la prescription des actions, beaucoup, n'envisageant que l'instant précis où l'action vient à naître, en arrivent à rendre certaines actions imprescriptibles ; d'autres, partisans de la permanence d'une *obligat. naturalis* (coërcible sous condition) oublient de se demander comment cette opinion s'accorde avec le but déclaré de la prescription des actions. Moi même, sous ce rapport, je suis loin d'être exempt de reproche ; autant qu'un autre j'ai marché dans cette voie, lorsque j'étais encore sous l'influence des enseignements de Puchta.

invoquent souvent la nécessité ou l'impossibilité logique. Le fait est exact, mais comment faut-il le comprendre? Au lieu d'entrer dans des explications détaillées au sujet des circonstances et des motifs pratiques auxquels une règle de droit doit véritablement son origine, l'école parfois trouve plus commode d'en faire la conséquence logique d'un point de vue qu'elle crée pour les besoins de la cause. De cette façon, la règle apparaît entourée d'un certain prestige, elle se grave plus aisément dans la mémoire. Nous prenons pour ce qu'elle vaut l'explication des juristes romains. Mais de là à ériger toutes leurs appréciations comme les motifs véritables des règles et des principes du droit, il y a loin ([181]). Ce sont là, somme toute, des considérations qui n'ont qu'une valeur toute relative, mais qui ne peuvent jamais valoir comme raisons déterminantes. POMPONIUS peut donc expliquer la règle : *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest* en disant que le principe de la succession testamentaire et celui de la succession ab intestat sont inconciliables de leur nature ([182]), mais nul n'admettra qu'une pareille explication, qui ne se comprend du reste qu'à la condition de connaître la règle elle-même, soit le motif historique de cette disposition. Ce serait faire bon marché de sa raison et de son entendement que de se contenter d'une

([181]) Les appréciations des juristes romains sont, du reste, parfois complètement contradictoires, par ex., le *motus naturalis arboris* de la L. 7 de s. p. u. (8-2) ; le principe de la parenté comme fondement de la condition d'existence simultanée du testateur et de l'héritier ab intestat dans le § 8 Inst. de her. ab. int. (3-1). PAUL lui-même ne craignit point dans la L. 14 pr. de serv. (8-1) d'expliquer l'exclusion de l'usucapion dans les servitudes en disant : *nemo tam perpetuo tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur* — motif qui exclurait également l'usucapion des fonds éloignés, car sur eux aussi le possesseur n'est pas continuellement présent.

([182]) L. 7 de reg. jur. (50-17)... *earumque rerum naturaliter inter se pugna est*. Dans le testament des soldats on passa sur ce *naturalis pugna*.

pareille appréciation et d'employer pour la justifier tout l'art de la dialectique. Du reste, les spéculations de nos théoriciens modernes n'auraient pu trouver place dans l'entendement d'un ancien romain. D'autres juristes peuvent bien motiver la spécification par l'état d'abandon de la chose ([483]), mais accepter cette explication, c'est renoncer à pénétrer la véritable nature de la spécification. Ce n'est point parce que la chose nouvellement formée n'était pas encore dans sa forme actuelle, et n'a point de maître, qu'elle appartient à l'auteur de la spécification. La simple destruction de la chose devrait dans ce cas en donner la propriété. C'est parce qu'elle est composée de deux facteurs dont chacun peut réclamer protection : la matière et le travail. Une époque dont le développement économique est à peine commencé, peut accorder la prééminence à la matière. Mais l'époque qui assiste à la pleine floraison du travail, du commerce, de l'industrie, ne le peut plus sans porter atteinte aux intérêts des relations juridiques. Les droits du travail grandissent en raison directe du développement du travail lui-même.

Aussi bien pourrait-on conclure, au nom de la logique juridique, que les fruits perçus sur le sol d'autrui par le possesseur de bonne foi, doivent appartenir au propriétaire. Le cultivateur romain savait rendre meilleure justice à la valeur et au droit du travail ; à celui qui avait eu la peine, il reconnaissait la propriété, et même à l'époque postérieure, lorsque l'on voulut reconnaître la prétention naturelle du propriétaire du sol, on la réduisit à une forme dans laquelle elle ne pouvait devenir dangereuse au tiers possesseur des fruits, c'est-à-dire à la sécurité des relations.

Voilà donc des rapports et bien d'autres encore, entièrement soustraits à l'empire de la logique pure. Que faut-il conclure lorsque nous voyons cette même logique respectée dans d'autres? Notre jugement doit rester le même : dans ces cas comme dans tous les autres, c'est le besoin pratique ou le sentiment juridique

([483]) L. 7, § 7 de acq. dom. (41-1).

qui a dicté la décision, la logique ne vient qu'après ([484]). Il en était ainsi chez les Romains, il n'en est pas autrement chez nous. Si Rome ancienne avait ressenti la nécessité d'admettre le principe de la représentation assez profondément pour vaincre les répugnances qui s'y opposaient au point de vue pratique ([485]), ceux-là mêmes qui aujourd'hui arguent de l'impossibilité logique de la représentation directe, la justifieraient certainement au nom de la nécessité logique. Il en serait absolument de même, probablement, quant à la prétendue inadmissibilité logique du transport des créances. En un mot, cette méthode dialectique juridique a tous les défauts reprochés à la philosophie de Hegel. Elle remplace par des catégories juridiques (personnes, choses, actions, etc.), les motifs réels, moraux, psychologiques, économiques, législatifs, qui régissent le monde. Sa prétendue nécessité logique n'est, comme celle de Hegel, que l'humble reflet et l'ombre fidèle de la réalité. Mais comme il lui est facile d'invoquer a priori cette nécessité, elle voudrait nous faire croire que c'est cette dernière qui a précédé et que la réalité des choses n'est que son ombre.

Telle est la manière de voir qui a dirigé mes recherches. Mon point de départ a été celui-ci : il faut rechercher dans des motifs phychologiques et pratiques, moraux et historiques, les origines premières des principes du droit romain; l'intuition juridique, c'est-à-dire la conviction d'une nécessité logique immédiate n'en a pas fait naître un seul. Bien plus, la dialec-

---

([484]) Comp., par exemple, les cas suivants : L. 8. de nox. act. (9-4) où le juriste repousse le doute sur l'impossibilité de l'action en disant : *quod si non potest, evidenti injuria afficietur.* — Possibilité de la réserve de l'hypothèque dans la novation : L. 1, § 1 si is qui test. (47-4), etc.

([485]) Le droit turc l'a exclue pour les mêmes motifs, N. von Tornauw Das moslemitische Recht, p. 95. — La justification purement logique de la représentation a trouvé un défenseur ardent dans Thöl Handelsrecht § 25. V. en notre sens Endemann Handelsrecht p. 129. Laband dans Golschmidt Zeitsch. für Handelsr. X, p. 184 s., Unger Verträge zu Gunsten Dritter, p. 12.

tique juridique, sur le terrain même où elle se mouvait avec l'indépendance la plus complète, en apparence, c'est-à-dire dans la recherche des conséquences engendrées par certains principes donnés, a constamment obéi à l'opportunité d'un résultat pratique à atteindre. Bien des choses, en effet, nous sont représentées comme n'étant que de simples conséquences, quand au fond elles ont une existence parfaitement indépendante, et auraient dû être réalisées d'une manière immédiate si l'on n'avait pu les obtenir par voie de conséquence.

Cette partie de mon travail se divise en deux titres. Le premier a pour objet la *théorie générale des droits*. Dans ce titre, nous rechercherons sur quels éléments, d'après la conception romaine, reposait l'idée du droit, comment le Romain se figurait le rapport du droit avec le sujet, sur quoi il basait l'existence du droit, comment il en mesurait la direction absolue ou relative, etc.

Dans toute cette étude, que je puis appeler une critique des matériaux de la théorie romaine, je ne me bornerai nullement au droit ancien. La plupart des choses que nous trouverons ici, sont restées vraies pour le droit nouveau. Dans le troisième système, j'exposerai celles qui ont subi des modifications. Cependant je n'ai pas cru nécessaire d'épuiser la matière. Il suffisait d'élucider les questions générales, laissant ensuite à chacun le soin d'en faire l'application aux rapports laissés dans l'ombre.

Le deuxième titre traite des *droits* en particulier, non dans toute leur étendue — cela concerne l'histoire du droit — mais seulement en tant qu'il y a lieu de rectifier ou d'élargir les opinions dominantes. La chose m'a paru opportune surtout pour la forme originaire du droit de propriété et d'obligation. Je terminerai par une étude sur laquelle j'ai glissé rapidement pour la rejeter à cette place, sur la prétendue absence de formes de la conclusion du mariage. Cette partie ne forme donc point un tout complet en lui-même, mais une collection de recherches historiques détachées, dont le résultat m'est indispensable pour le but de mon ouvrage.

TITRE PREMIER.

THÉORIE GÉNÉRALE DES DROITS.

CHAP. I. — *Notion du droit.*

SECTION 1. — *Élément substantiel du droit.*

Insuffisance de l'idée de volonté et de puissance pour définir le droit. — Élément substantiel de l'idée du droit et idées qui en découlent : utilité, bien, valeur, intérêt. — Réalisation pratique du droit : jouissance. — Diverses formes de la jouissance. — Le droit de disposition est un droit d'élection par rapport aux formes de la jouissance.

Jus privatum, quod ad singulorum UTILITATEM *spectat.* ULPIANUS, lib. I. Inst.
(L. 1, § 2 de just. et jure).

70. Qu'est-ce que le droit? La question comporte plusieurs réponses selon le sens qu'on y attache et le point de vue auquel on se place. La réponse qui se trouve ordinairement dans les traités de droit romain : le droit est la possibilité de contraindre garantie par la loi (THIBAUT), ou toute autre équivalente traduisant la même idée en d'autres termes ([186]), peut paraître

([186]) « La faculté de pouvoir faire nous mêmes une chose, ou d'exiger » d'un autre qu'il fasse ou omette une chose pour nous. » (MACKELDEY, SEUFFERT). Plus brièvement : « Faculté d'agir (ou d'omettre) (MÜHLEN» BRUCH). Plus longuement : » La faculté, fondée sur une règle valable, d'agir librement et d'une manière déterminée sur le monde extérieur (!)

parfaitement suffisante aux yeux du juriste positif. Mais pour nous, pour le but que nous nous proposons, nous ne pouvons nous contenter d'une pareille définition. Elle ne contient au fond qu'une *description*, qu'une indication de la manifestation *extérieure* du droit. Nous devons exiger que la réponse porte sur l'essence intime du droit, afin de pouvoir nous servir de point de départ et d'appui pour les recherches qui suivent.

Cette réponse, c'est la philosophie du droit qui doit nous la donner. Tandis que KANT et son école ne se sont point élevés dans leur définition, au-dessus de la manifestation extérieure du droit : la *contrainte* (187), HEGEL — et sciemment ou non, son influence est devenue régulatrice pour la jurisprudence positive nouvelle — a placé la substance du droit, tant dans le sens objectif que subjectif, dans la volonté. Le progrès était incontestable. Mais en s'en tenant exclusivement à l'élément de volonté, ce système a fini par s'écarter de la véritable voie et a abouti, comme le principe de la contrainte de KANT, à ériger l'idée du droit en un pur formalisme. On ne peut donner l'essence du droit, dans le sens objectif, sous une forme plus concise et plus précise qu'en disant qu'il est la *volonté générale*. Il est en effet de l'essence du droit de se réaliser, quel que puisse être son but, son objet, son contenu. Or, pour se réaliser, il faut que le droit en ait le pouvoir, et l'organe, le dépositaire de ce pouvoir, c'est la volonté. C'est la volonté, la volonté seule, qui érige en *règle* du droit, en droit réel, véritable, les *idées* juridiques — celles du législateur dans les

(WENING-INGENHEIM). A l'aide de pareilles définitions on change un thaler-argent contre un thaler-papier, et on est aussi avancé qu'auparavant. Qu'est-ce que le droit ? La *faculté* d'agir, etc. ; voilà le thaler-papier. Qu'est-ce que la *faculté ?* Le *droit* d'agir ; voilà qu'on nous rend le thaler-argent — ce sont là des définitions dans lesquelles on se borne à changer les mots sans traduire les idées.

(187) Metaphys. Anfangsgründen der Rechtslehre. Introduction : « Droit » et faculté de contraindre signifient donc la même chose. »

lois, celles du peuple dans les coutumes. C'est la volonté qui en fait des forces que la vie doit modeler et diriger. Dépouillées de cette manifestation de leur force pratique à l'aide d'une réalisation constante, elles ne sont plus que des idées, des opinions comme toutes les autres, elles ne sont point des règles du droit.

Cette définition est suffisante pour l'exposition *dogmatique* du droit. Elle exprime exactement le caractère positif et réel du droit, seul élément qu'il importe de mettre en relief à ce point de vue. Mais elle ne peut prétendre à une exactitude absolue. Il y manque en effet l'indication du contenu de la volonté ; or, du moment que l'on veut formuler le principe même de la volonté, l'on tombe dans la sophistique.

Pour le but que nous poursuivons dans cet ouvrage, le principe de la volonté ne nous intéresse qu'en tant qu'il explique le droit dans le sens subjectif. Veut-on dire que le droit de l'individu doit rester en relation avec la *volonté générale*, de telle manière que la volonté individuelle ne puisse s'exercer qu'à la condition d'être couverte par la volonté générale? Cela est parfaitement exact. Ce n'est qu'autant que ce rapport d'égalité existe entre la volonté générale et la volonté individuelle, que la première communique sa puissance à la seconde, et que le droit objectif devient subjectif. Mais si l'équilibre est détruit, la volonté individuelle reste impuissante ; elle ne peut dépasser les limites que lui assigne la volonté générale. C'est dans ce sens que l'on peut dire que le droit est l'unité concrète de la volonté de l'État et des particuliers (KIERULFF), ou un fragment de volonté générale devenu concret et vivant dans la personne privée. Mais il en est tout autrement lorsque l'on place la substance du droit subjectif dans la volonté individuelle, de même que l'on place celle du droit objectif dans la volonté générale. Depuis HEGEL, la jurisprudence positive a de plus en plus suivi ce système, qui non seulement est incomplet, mais encore faux ([188]). De ce que ma volonté ne peut aller au

([188]) Nous parlerons ailleurs de l'importance du rôle de la volonté dans

delà de la volonté générale, il ne s'ensuit point que celle-ci n'ait un pouvoir plus grand que la mienne, c'est-à-dire que je ne puisse avoir un droit qui ait son fondement, non dans ma volonté propre, mais dans la volonté de la loi.

C'est en perdant de vue cette vérité que l'opinion que nous critiquons en arrive très logiquement à identifier d'une manière complète le droit subjectif avec le principe de la volonté. Pour elle, la volonté est le but final de tout droit, capacité juridique et capacité de vouloir deviennent des termes équivalents; le droit apparaît comme un fragment circonscrit de substance de volonté. Les types juridiques abstraits établis par la loi : les principes de la propriété, de l'obligation, etc., ne deviennent concrets et vivants que parce que la volonté individuelle les remplit, les anime, qu'elle *s'impose dans la chose* (489).

A ce compte, le droit privé tout entier n'est plus qu'une vaste arène où la volonté a pleine liberté de se mouvoir et

---

l'*établissement* du droit. Il s'agit ici de son importance pour le *principe*, pour le *contenu* du droit. Nous supposons donc le droit lui-même comme déjà acquis.

(489) Sur HEGEL, v. la note suivante. Sur les définitions en cours, v. les manuels de Pandectes de ARNDTS. (Domination de la volonté quant à un objet), SINTENIS. (Une volonté personnelle érigée en volonté de tous) WINDSCHEID. (Un certain contenu de volonté, dont l'ordre juridique décide, dans un cas concret, qu'il peut être opposé à toute autre volonté). PUCHTA a suivi jusqu'au bout les conséquences logiques de cette conception. V. ses Pandectes, § 22 : « Les personnes sont les *sujets* de la volonté » ainsi considérée comme pouvoir.... la personnalité est donc la possi- » bilité subjective d'une *volonté* juridique, d'une *puissance* juridique, » § 118. « Le droit de personnalité indépendante.... manque au *filius fami-* » *lias*. » V. aussi la note 6 : « Le principe du droit ancien reposait sur » l'incapacité d'avoir des droits patrimoniaux, celui du droit nouveau » sur l'incapacité de disposer, n'importe comment, de son patrimoine. » L'un et l'autre ont le même résultat pratique par rapport à la person- » nalité » (!). — Même pour l'impubère, le fou ? »

de s'exercer. La volonté est l'organe par lequel l'homme jouit du droit. Jouir de son droit, c'est goûter toutes les joies que procure l'exercice de la force, c'est se féliciter d'avoir accompli un acte de volonté, par exemple, d'avoir constitué une hypothèque, d'avoir cédé une action, c'est se glorifier d'avoir pu affirmer sa personnalité ([490]). Mais quelle misérable chose ce serait que la volonté si elle n'avait à exercer son activité que dans les limites restreintes de la froide région du droit! Non, son véritable empire, le théâtre de sa puissance créatrice commence là où finit le droit. Les droits ne sont point l'étoffe, l'objet de la volonté, ils en sont la condition; ils n'en sont point le but, mais ils lui servent de moyen. Si la volonté était le but du droit, qu'adviendrait-il des droits entre les mains des personnes sans volonté? Ce seraient donc des droits qui mentiraient à leur but et à leur destination? des lunettes entre les mains des aveugles?

Si la personnalité et la capacité juridique sont choses identiques à la capacité de vouloir, pourquoi donc toutes les législations du monde (et je n'en sache aucune qui fasse exception) non-seulement reconnaissent-elles et protègent-elles dans les enfants et les insensés le côté purement humain de la personnalité : le corps et la vie, mais encore leur accordent-elles, sauf de légères modifications, la même capacité patrimoniale qu'aux personnes capables de volonté? Répondre que la loi respecte en eux la

---

([490]) HEGEL. *Rechtsphilosophie,* (2e édit. p. 111), déduit l'intérêt du contrat de la manière suivante : « C'est l'intérêt de la raison que la volonté » subjective devienne générale et s'élève à cette *réalisation.* » Si on lui objecte que c'est le besoin, la bienveillance, l'utilité, etc., qui conduisent les hommes à faire des contrats, il répond en disant que cela n'est vrai que pour leur conscience, qu'il n'y a là qu'un simple motif subjectif, mais que le véritable mobile, « c'est la raison en soi, notamment l'idée » de l'existence réelle, c'est-à-dire présente dans la volonté seule, de » la libre personnalité. Le bien est chose extérieure pour le droit comme tel (p. 287), le soin du bien est affaire de police, (p. 288).

possibilité de leur capacité future de vouloir, que la loi protége aussi le germe de la volonté, ne serait qu'une triste et insoutenable échappatoire. Abstraction faite des cas où cette hypothèse se réduirait à une pure fiction, par exemple, chez un crétin ou un fou incurable, cette considération de l'avènement futur de la capacité de vouloir pourrait bien justifier la protection accordée à la personnalité nue, mais elle est incapable de faire admettre l'acquisition de droits patrimoniaux concrets, par exemple, d'une hérédité. Tout au plus pourrait-on, comme concession extrême, ajourner la validité de l'acquisition jusqu'à ce que l'intéressé soit devenu capable. A cette objection, il n'y a qu'une seule réponse logique à donner, c'est qu'il appartient à une disposition positive seule de reconnaître des droits aux personnes incapables de volonté. Cette réponse, un philosophe du droit a eu récemment le courage de la faire. Il n'a fait que constater qu'en suivant la voie indiquée la philosophie est impuissante à comprendre le monde réel (491).

Rien de plus facile cependant, dirait-on. Ce n'est point un droit futur que possèdent ces personnes, leur droit existe dès

(491) AD. HELFFERICH *Die Kategorieen des Rechts*, Berlin, 1863, p. 8 : « Là où la volonté comme telle est dormante, il n'existe point de droit » véritable... et si la loi protège la volonté juridique même chez l'enfant, » chez l'insensé, ce n'est point parce que ces personnes ont un droit à cette » protection, mais parce que la loi peut à son gré (!) déterminer et modi- » fier la capacité personnelle. » Voilà donc où l'on aboutit lorsque l'on identifie le droit et la volonté juridique. Les enfants, les insensés seraient en définitive dépourvus de tout droit. Si l'on ne peut les tuer impunément, ce qui devrait cependant être permis, puisqu'ils n'ont aucun droit, donc pas même celui de vivre, c'est grâce à un caprice du législateur, qui détermine et modifie la capacité personnelle *à son gré !* V. aussi LASSALLE *System der erworbenen Rechte*, t. II. Leipzig 1861. D'après cet auteur, le droit héréditaire tout entier ne contient qu'un transport de la *volonté* du testateur dans la personne de l'héritier. Que l'on se représente donc la succession d'un fou recueillie par un enfant !

maintenant. Ce n'est point le caprice arbitraire du législateur qui crée leur droit; comme tout être humain, elles le portent écrit sur leur front ([492]). Les besoins de toute espèce, cette fatalité de la nature animale de l'homme, et que tous les droits subjectifs ont pour premier but de satisfaire dans la forme assurée par le droit, les besoins de la vie ne s'imposent point avec plus d'autorité à telle personne plutôt qu'à telle autre. Loin de là, moins une personne est capable de parer à ces besoins et plus grande à son égard devient la mission de l'Etat. Les sujets abstraits du droit, dont l'existence ne commence qu'avec la naissance du pouvoir de vouloir sont si heureusement ordonnés, il est vrai, qu'ils échappent aux nécessités de la vie; mais aussi ne vivent-ils point. Or, il n'est pas besoin de faire remarquer que les enfants et les fous ont des besoins et des intérêts autres que ceux qui concernent le côté purement animal. Leur patrimoine peut être appliqué à des buts plus nobles ([493]), par exemple, à leur propre éducation, au

([492]) L'école philosophique de Krause (Ahrens, Röder) a eu le grand mérite de reconnaître exactement l'élément substantiel du droit, mais elle n'insiste pas assez sur le côté formel ou extérieur (§ 71). Du reste ce côté s'impose de lui-même à une observation impartiale et Leibnitz, déjà, ne l'avait point perdu de vue. Stahl a su, dans sa philosophie du droit, se garer de ce formalisme de la volonté que nous avons critiqué ci-dessus; il a entrevu la véritable solution dans la théorie des droits patrimoniaux (p. 282) où il admet comme principe dirigeant la satisfaction des besoins de la vie; mais il n'a point poursuivi ce principe dans toutes ses conséquences, et ce qu'il dit du droit romain (p. 283), montre qu'il n'en a point saisi la véritable importance.

([493]) Imparfaitement seulement, il est vrai. Ni le fou ni l'enfant ne peuvent vouloir par eux-mêmes; ils ne jouissent point de la destination et de la fonction idéales de leur patrimoine en tant que celles-ci reposent sur cet élément psychologique du vouloir personnel. Ils ignorent la joie de faire le bien et sont dans l'impossibilité de faire à autrui le généreux sacrifice de leur fortune (note 512); la jouissance de poursuivre et de réaliser à l'aide de sa fortune certains buts que l'on s'est proposés à soi-même leur est

soutien de leur parents. Peu importe que l'emploi de ce patrimoine ne se fasse point *par* eux, il suffit qu'il se fasse *pour eux*. Cette dernière circonstance décide la question. Dans le système

---

inconnue, lors même que ces buts n'auraient pour objet qu'un profit ou un plaisir. Il en résulte naturellement que l'action de leurs tuteurs se trouve limitée. Ceux-ci ne peuvent ni donner, ni entreprendre des affaires hasardeuses, ni même acheter ou vendre librement; leur mission se borne à la *custodia*, c'est-à-dire à maintenir autant que possible la fortune dans son état actuel. On ne saurait mieux exprimer le côté juridique de cette situation qu'en disant que le patrimoine de ces personnes est un corps sans âme. Il lui manque, en effet, l'âme du droit, c'est-à-dire une *personne* dans le sens juridique. Il a bien un propriétaire, mais non un propriétaire dans le vrai sens du mot, pouvant réaliser toute la destination de son patrimoine, mettre en œuvre toutes les forces qui y sont contenues et les tourner vers des buts librement choisis. C'est là une triste situation; elle ressemble à celle d'un cheval monté par un cavalier qui ne sait pas le conduire et qui pour se maintenir en selle a besoin de l'aide d'un tuteur. C'est ce qui explique que le droit ancien de Rome excluait les enfants et les fous du droit de faire adition d'une hérédité déférée. N'échappaient à cette incapacité que les *sui heredes* qui acquéraient l'hérédité *ipso jure*. Les enfants et les fous ne sont point en effet les véritables héritiers, ceux dont la succession a besoin pour produire tous ses effets économiques. En motivant cette exclusion par la raison que l'adition d'hérédité ne pouvait se faire par mandataire, on ne faisait qu'invoquer un motif purement juridique (de même qu'on expliquait l'inadmissibilité de l'arrogation des enfants et des femmes par leur incapacité de paraître dans les comices) : le véritable motif était de nature psychologique, morale et économique; le patrimoine n'atteint point sa destination entre les mains de ces personnes. L'unique concession que le droit leur accordât lorsqu'une hérédité leur était déférée, c'était d'attendre le moment de leur capacité future ou éventuelle. On attendait pour l'enfant jusqu'à ce qu'il eût sept ans accomplis, pour les fous jusqu'au jour de leur décès. Telle est l'idée qui gît au fond de la *Bonorum possessio decretalis*, ainsi que de la *substitutio pupillaris* et *quasi-pupillaris*. La première est un état transitoire, réglé par le Préteur, pour permettre d'attendre le véritable propriétaire; les deux dernières assurent la transmission définitive de l'hérédité à un héritier qui n'a pas encore la capacité nécessaire.

que nous critiquons et qui, perdant de vue toute l'importance de ce point : *pour* qui l'emploi du patrimoine est fait, n'insiste que sur ce fait: *par* qui il est employé, ce serait, quand il s'agit de fous et d'enfants, le tuteur qui serait l'ayant-droit. C'est, en effet, le tuteur qui dispose au sujet du patrimoine; c'est à lui seul que revient la jouissance idéale que ce système assigne comme but au droit : la jouissance suprême d'accomplir un acte de volonté. Le pupille n'a que l'utilité réelle. Eh bien soit! Quant à nous, nous disons que le véritable ayant-droit est celui qui peut prétendre non à *vouloir*, mais à *profiter*. La volonté peut à la rigueur être dévolue à un tiers, elle peut-être paralysée; l'utilité réelle ne peut se remettre à un tiers sans que le droit lui-même soit atteint. Le sujet du droit c'est celui auquel la loi destine l'utilité du droit (le destinataire); la mission du droit n'est autre que de lui garantir cette utilité. Nous verrons plus tard quel est dans tout cela le véritable rôle de la volonté.

Si dans l'opinion examinée ci-dessus il s'agissait uniquement d'une erreur dans la formule philosophique du principe du droit, je bornerais là mes critiques, après avoir démontré l'erreur, comme j'espère y avoir réussi. Mais en réalité il s'agit d'une différence fondamentale dans la manière de concevoir les choses. Nous sommes en présence d'une erreur pleine de dangers, même au point de vue de la pratique. Je ne puis en ce moment entrer dans plus de détails à ce sujet. Je devrais remonter haut dans l'histoire de la jurisprudence et de la philosophie du droit, et me livrer à tout un travail historique sur le mal qu'a produit l'idée de la volonté abstraite dans la science juridique. Un exemple va confirmer mon opinion ([494]).

([494]) La personne juridique nous fournit un autre exemple. C'est l'exagération du principe de la volonté qui a fait ériger en sujet du droit la personne juridique, alors que celle-ci n'a été créée qu'en vue des membres

Si le but final du droit est dans la volonté, toutes les conventions qui ne contiennent rien d'immoral ni d'illicite doivent avoir force juridiquement obligatoire, et en fait, bien des juristes et bien des philosophes du droit ont érigé en dogme la force obligatoire abstraite des conventions. Il en résulterait qu'une convention qui imposerait à l'une des parties une restriction, sans procurer aucune utilité à l'autre, par exemple, la convention de ne pouvoir aliéner son fonds, ni exercer une certaine profession, serait parfaitement valable. Il est absolument indifférent que celui qui a reçu pareille promesse, puisse invoquer ou non le moindre intérêt à maintenir le contrat. Pourquoi cet intérêt devrait-il exister ? Le but du droit ne consiste-t-il point dans le pouvoir de la volonté, dans la domination ? Or, je domine sur une volonté étrangère quand j'ai le pouvoir de la contraindre soit à faire telle action soit à s'abtenir de telle autre. Il est bien indifférent que j'y aie ou non un intérêt personnel ; dans l'un comme dans l'autre cas, je puis compter sur cette jouissance juridique intellectuelle qui fait la base de la théorie de la volonté. Les joies de la puissance pure sont atteintes, ma volonté se complait dans l'orgueil de se voir obéie.

L'on prévoit les conséquences d'un pareil système ; il prépare, il amène la servitude. Les restrictions croissent plus nombreuses, plus tyranniques, de moins en moins nécessaires pour les relations de la vie, sans utilité pour celui en faveur duquel elles sont créées. De la véritable liberté, le fantôme seul reste debout, et la volonté fournit elle-même l'instrument de son suicide. L'expression de ce formalisme outré de la volonté ne se trouve qu'au moyen-âge dans le principe de la force absolument obligatoire du serment promissoire : mais toujours il resta étranger au droit romain. Celui-ci sut toujours prévenir ce suicide de

isolés qui la composent et qui sont les vrais destinataires du droit. Nous reviendrons sur ce point. V. § 71.

la liberté, (§ 38) et ce fut grâce à sa conception même du principe du droit. Les droits n'existent point pour réaliser l'idée de la volonté juridique abstraite, ils servent au contraire à garantir les intérêts de la vie, à aider à ses besoins, à réaliser ses buts. Telle est leur mission, telle est la fin et la mesure de la volonté [495]. Telle est aussi la mesure des conventions. Toutes celles qui ne présentent aucun intérêt, dans cet ordre d'idées, sont nulles; elles ne donnent naissance ni à une servitude [496], ni à une obligation [497]. Les droits ne produisent rien d'inutile; l'*utilité*, non la *volonté*, est la substance du droit.

Ceci déjà nous conduit à notre propre solution du problème. Résumons donc ce qui précède et disons : la volonté n'est point le but et la force motrice des droits. La véritable intelligence pratique des droits ne peut s'acquérir à l'aide du principe de volonté ou de pouvoir.

Deux éléments constituent le principe du droit; l'un *substantiel*, dans lequel réside le but pratique du droit, et qui est

(495) L'auteur vient de commencer la publication d'un travail étendu sur cette matière. Il est intitulé : *Der Zweck im Recht*. Tome I, Leipzig, 1877, 8°. On en trouvera le résumé dans le tome suivant de cet ouvrage. (Note du trad.).

(496) V. le principe et des exemples dans L. 15 de servit. (**8**-1).

(497) V. des exemples dans la L. 61 de pact. (**2**-14). Les juristes romains n'admettent qu'une seule exception, mais elle témoigne précisément d'un tact exquis. Le propriétaire comme tel peut dans l'usage de la chose se laisser guider par son pur caprice individuel; la même liberté lui est reconnue dans l'alienation de la chose quant aux charges qu'il lui plait d'imposer à l'acheteur; la *lex rei suae dicta* lui permet de conserver par devers lui les parties sans utilité de la propriété. La L. 19 de serv. (**8**-1) énonce ce principe pour les servitudes... *quem quis* VENDAT, v. pour les conventions L. 11 de relig. (**11**-7)... VENIERIT et L. ult. Cod. de pact. int. emt. (**4**-54)... *in* VENDITIONIS *vel* ALIENATIONIS *contractu*, ce qui fait disparaître la contradiction apparente avec la L. 61 cit. V. pour l'explication plus détaillée de la *lex rei suae dicta :* Jahrbücher, X, p. 550 s.

l'utilité, l'avantage, le gain assuré par le droit, l'autre *formel* qui se rapporte à ce but uniquement comme moyen, à savoir : la *protection* du droit, l'*action en justice*. Celui-là est le fruit dont celui-ci est l'enveloppe protectrice. Par lui-même le premier ne crée qu'un état de fait d'utilité ou de jouissance *(intérêt de fait)* que le premier venu qui, en fait, en a le moyen, peut impunément, à chaque instant, ébranler ou renverser (498). Cette situation ne devient moins précaire, moins instable que lorsque la loi vient la protéger. La jouissance ou la perspective de la jouissance devient alors plus assurée; elle devient un *droit*. La sûreté juridique de la jouissance est la base du principe du droit. *Les droits sont des intérêts juridiquement protégés.*

Utilité, *bien*, *valeur*, *jouissance*, *intérêt*, telle est la succession des idées qu'éveille le premier élément soumis à notre étude. Le droit n'applique point à ces notions une mesure exclusivement économique telle que l'argent ou la valeur pécuniaire. Il est des intérêts autres que la fortune qui doivent être garantis à l'homme. Au-dessus de la fortune se placent des biens de nature morale dont la valeur est autrement grande : la personnalité, la liberté, l'honneur, les liens de famille. Sans ces biens là, les richesses extérieures et visibles n'auraient aucun prix.

Tout droit privé existe pour assurer à l'homme un avantage quelconque, pour venir en aide à ses besoins, pour sauvegarder ses intérêts et concourir à l'accomplissement des buts de sa vie. Le *destinataire* de tout droit, c'est l'*homme* (499).

---

(498) L. 26 de damno inf. (39-2). *Non videri damnum facere* (c'est-à-dire souffrir un dommage *dans le sens juridique) qui eo veluti lucro, quo adhuc utebatur, prohibetur*. Les *actions réflexes* de droits d'autrui, soumises à un examen approfondi dans les Jahrbücher (X, p. 245 s.), forment une espèce particulière de ce rapport de jouissance en fait.

(499) L. 28, § 1 de usur. (22-1)... *omnes fructus natura* HOMINUM *causa comparavit*. § 12 Inst. de J. N. (1-2). L'homme est-il aussi le *sujet* de tout

Le but est le même pour tous les droits, soit qu'ils concernent les choses, soit qu'ils se rapportent aux personnes. Tous doivent nous procurer un service, une utilité, un avantage (500); la liberté aussi bien que la propriété, le mariage aussi bien que l'obligation — « point de droit sans but et sans utilité ; le » bien et le droit ne se combattent point, ils sont entre eux » dans un rapport nécessaire. » (AHRENS).

Nous nommons *bien* toute chose qui peut nous servir. On sait que les Romains restreignent cette expression aux biens dans le sens économique *(bona)*. Le contenu de tout droit consiste donc dans un bien. Toute définition du droit qui ne partirait pas de l'idée du bien, dans ce sens large, à mon avis, pécherait par la base.

A l'idée de bien se rattachent les notions de *valeur* et d'*intérêt*. L'idée de valeur contient la mesure de l'utilité du bien ; l'idée d'intérêt exprime la valeur dans son rapport particulier avec le sujet et ses buts. Un droit qui a par lui-même une valeur, peut être pour tel sujet sans intérêt aucun, par exemple, une servitude de vue pour un aveugle, l'entrée à un concert pour un sourd. Pas plus que l'idée du bien, ces deux notions ne sont exclusivement limitées à l'ordre économique (501), seu-

---

droit? La réponse à cette question dépend de l'idée que l'on se fait de la personne juridique (p. 215 et § 71).

(500) Quant à la fortune, les juristes romains relèvent expressément cet élément de but (COMMODUM, EMOLUMENTUM, GAIUS II, 255, L. 75 de J. D. 23, 3) : *bona , quod beant... beare est* PRODESSE. L. 49 de V. S. (**50**, 16). L. 83 ibid : *proprie* (c. à d. dans le sens économique) *bona dici non possunt, quae plus incommodi quam commodi habent.* AHRENS fait à bon droit remarquer aussi les expressions d'Ulpien dans la L. 1, § 2 de J. et j. (**1**, 1) : *privatum, quod ad singulorum* UTILITATEM *spectat, sunt enim quaedam publice* UTILIA, *quaedam privatim.* V. aussi L. 11 ibid.

(501) V. par exemple, L. 14, § 1, de serv. corr. (**11**, 3)... INTEREST *nostra animum liberorum nostrorum non corrumpi.* L: 54, Mand. (**17**, 1)... AFFECTUS *ratione mandati agetur* (libération de l'esclave). L. 7, de ann.

lement ce n'est que dans cette sphère que l'idée de valeur puise son intérêt pratique. Cet intérêt pratique, en effet, n'existe qu'à la condition de pouvoir se représenter en argent, et cette mesure de la valeur ne s'applique qu'aux objets que l'on peut se procurer à prix d'argent. La liberté, la vie, l'honneur sont inestimables ([502]). Souvent cependant le droit romain a puni la violation de ces biens du paiement d'une somme d'argent imposé comme *peine* ([503]).

L'argent est donc la mesure économique de la valeur et de l'intérêt. L'argent, en effet, est la forme dans laquelle, au moyen de l'opération de la vente, se résolvent tous les objets de valeur, et au moyen duquel ils peuvent être reconstitués; c'est la substance originaire qui les contient tous. Ce qui peut s'acheter, peut être estimé, c'est-à-dire réduit en argent *(aestimare)*, le juge de son côté peut également estimer, c'est-à-dire taxer ce à quoi le commerce juridique attache une valeur pécuniaire. Mais toute chose dans un patrimoine n'a pas une valeur équivalente en argent. Il est tels objets que nous avons acquis

---

(**33**, 1)... INTEREST *illius* (élévation d'un monument). L. 71, pr. de cond. (**35**, 1) INTERESSE *heredis, credendum est* (assurance de la subsistance d'un parent). L. 71, de evict. (**21**, 2) i. f. L. 5, § 5, de his qui (**9**, 3). L. 1-6, de lib. causa (**40**, 12), notamment. L. 1 pr. : *quia semper parentis interest filium servitutem non subire.* L. 2 : *quoniam servitus eorum ad dolorem nostrum injuriamque nostram porrigitur.* L. 6, pr. de serv. exp. (**18**, 7).. *cum venditoris affectionem forte simul et verecundiam laeserit.* L. 7 ib. *etiam affectionis ratione recte agetur.* L. 71, de evict. (**21**, 2) *interest enim patris filiam dotatam habere.* L. 5, § 5, de his qui effud. (**9**, 3) où l'action est donnée à celui *cujus interest*, malgré que le *damnum pecuniarium* soit dénié.

([502]) *Libertas* INAESTIMABILIS *res est*, L. 106 de R. J. (**50**-**17**). L. 9, § 2 de statulib. (**40**-**7**) : *libertas pecunia lui non potest.* L. 3 si quadr. (**9**-**1**) *liberum corpus aestimationem non recepit.*

([503]) Non seulement dans l'*act. injuriarum aestimatoria* et les diverses actions pénales du chef du dommage ou de mort causés par des hommes ou des animaux, mais d'une manière bien plus étendue. V. le IIIe système.

pour de l'argent, mais dont nous ne nous dessaisirions à aucun prix; l'habitude, la piété ont resserré entre eux et nous un lien personnel qui nous tient au cœur. Nous ne voyons plus en eux un simple objet ayant telle ou telle valeur pécuniaire; ce qui nous touche c'est l'objet lui-même avec tous les souvenirs qui s'y rattachent ([504]).

Quelle que soit la diversité de l'intérêt que présentent les divers droits, tout droit établi est l'expression d'un intérêt reconnu par le législateur comme méritant et demandant protection. Les droits se transforment donc à mesure que changent les intérêts de la vie. Intérêts et droits sont en quelque sorte historiquement parallèles. La corrélation, cependant, n'est pas absolue; bien des intérêts, par suite de leur nature même, répugnent à la contrainte mécanique qu'exerce le droit. Ainsi l'intelligence de telles bizarreries que le moyen-âge avait coulées en forme de droits, nous échappe complètement aujourd'hui; notre mesure de l'intérêt en droit est devenu plus rigoureuse, bien que sous ce rapport nous soyons encore loin de la perfection ([505]).

([504]) V. des exemples dans la L. 36 de bon. lib. (38-2) *praedia, in quibus majorum* SEPULCRA... *mancipium, quod non pretio, sed* AFFECTU *aestimandum*. Considération de cet intérêt en droit : *actiones arbitrariae* dans le but d'obtenir une chose déterminée au lieu de sa valeur en argent — défense d'aliéner les biens des pupilles uniquement dans un but de lucre L. 22, pr. Cod. de adm. tut. (5-37)... *Nec vero domum vendere liceat, in qua defecit pater, minor crevit, in qua majorum imagines aut non videre fixas aut revultas videre satis est lugubre*.

([505]) Ainsi, par exemple, les actions du chef du jeu et du pari devraient être abolies; ces conventions n'ont aucun intérêt pour le commerce juridique. La vie de société n'est pas du ressort du monde, celui qui joue ou parie doit savoir avec qui il le fait. Le seul motif que l'on pourrait alléguer pour leur donner une action est le dogme ci-dessus (p. 324) de la force obligatoire abstraite des conventions. Mais sur de pareils motifs on pourrait aussi bâtir une action à raison d'une première valse promise et refusée.

Nous l'avons démontré déjà, le droit romain s'est appliqué à établir clairement et à poursuivre logiquement ce point de vue de l'intérêt; il a été constamment ménager de la forme du droit, c'est-à-dire de l'*action en justice*. Sous ce rapport, et avec raison, il a fait plutôt trop peu que trop. Les formes juridiques qu'il établit répondent toutes à un but sérieux du commerce de la vie ou à un intérêt moral justifié. Elles excluent tous badinages, toutes plaisanteries, elles ne tiennent compte ni de caprices individuels ni de fantaisies d'amateur.

A Rome aussi, l'histoire du droit en témoigne en maint endroit, le développement économique, intellectuel et social du peuple déplaça la mesure de l'intérêt. Nous n'en citerons qu'un exemple maintenant, nous réservant de relever les autres en étudiant le troisième système. Le progrès des intérêts s'accuse d'une manière péremptoire dans le développement du droit des servitudes prédiales. Ce droit débute par des servitudes qui dans la phase la plus infime de l'économie agricole offrent déjà un intérêt : les servitudes d'eaux et de chemins ([506]). Le paysan romain comprenait leur prix, mais il ne devait point estimer bien cher une perspective agréable assurée par une *servitus ne prospectui officiatur*. Vinrent les progrès de l'économie agricole et le changement dans les rapports de l'*ager publicus*. Alors naquirent les autres servitudes rustiques; puis l'on s'habitua de plus en plus à vivre dans les villes, l'on se resserra davantage pour les habiter, l'art de bâtir se développa, le luxe grandit, le goût s'affina et ainsi peu à peu naquirent les servitudes urbaines ([507]). Celles-ci ne doivent point leur

([506]) C'étaient les espèces les plus anciennes, cela résulte de ce que seules elles étaient *res mancipi*.

([507]) Ce progrès insensible peut se reconnaître même dans les expressions des juristes romains au sujet de certaines de ces servitudes, comp. par ex., L. 7 de serv. (8-1), L. 3 de S. P. U. (8-2), L. 1, § 1, L. 3 pr., L. 6, § 1, L. 9 de S. P. R. (8-3), L. 2 Comm. praed. (8-4). L'agrément lui-même

origine à un élargissement de la pensée juridique, du coup d'œil intellectuel. Elles naquirent sous la pression des intérêts et des besoins, la vie arracha leur consécration à la jurisprudence. Celle-ci dut reconnaître que l'agrément et le charme de l'habitation sont aussi des intérêts qui méritent d'être protégés en droit, et que la mesure de l'utilité immédiate que l'époque ancienne appliquait aux servitudes *(servitus fundo* UTILIS *esse debet)* était devenue trop étroite pour l'époque nouvelle (508).

Après avoir ainsi démontré *in thesi* l'importance de l'intérêt pour le droit, il y aurait lieu de rechercher si le même rapport qui existe entre ces deux idées *in abstracto,* c'est-à-dire que l'intérêt est le but et la condition du droit, doit se reproduire aussi *in hypothesi;* par exemple, si la servitude de chemin établie n'existe en droit que lorsqu'elle a un intérêt démontrable pour l'ayant-droit. Mais je crois plus utile de n'aborder cet examen que plus tard (509), et d'achever d'abord de développer le principe du droit.

Il y a *jouissance* d'un droit toutes les fois que ce droit produit effectivement pour l'ayant-droit les effets qu'il en attend. Plus large est la notion de l'*exercice* du droit. Celle-ci embrasse tout ce que l'ayant-droit peut entreprendre au moyen du droit;

---

a ses droits L. 16, § 1 quod vi (**43**-24)... *Si quaedam ex (non frugiferis) arboribus amoenitas praestatur,... interesse propter voluptatem et gestationem,* L. 2, § 12 Ne q. i. l. p. (**43**-8)... *prospectus, aditus deterior aut angustior.* Ce qui est caractéristique pour les idées de l'époque de Justinien, c'est que dans les pandectes les servitudes urbaines sont traitées avant les servitudes rustiques. — Cela prouve d'une manière frappante combien peu l'ordre dans lequel les compilateurs de Justinien traitent certaines matières autorise à conclure avec HUGO à leur priorité historique.

(508) Elle s'est élargie même pour les servitudes rustiques dans le même ordre d'*idées*, par exemple. L. 3 pr. de aqua (**43**-20).. AMOENITATIS *causa aqua duci potest.* L. 3 pr. de S. P. R., (**8**-3).

(509) V. le tome V.

elle comprend, outre la jouissance, la revendication et la poursuite du droit en cas de lésion.

La *jouissance* revêt des formes différentes selon la diversité des choses auxquelles elle s'applique. Tantôt elle existe par elle-même en même temps que le droit lui-même, tant que celui-ci n'a pas été lésé (par exemple la liberté, l'honneur, les servitudes négatives). Tantôt elle réclame un acte de l'ayant-droit. Tantôt la manière dont elle doit être exercée est exactement prescrite et limitée. Tantôt enfin une pleine liberté est reconnue sous ce rapport à l'ayant-droit. Cette dernière différence méritait d'être relevée. Elle n'a d'intérêt pratique que pour le droit des choses; c'est de celui-ci seul que nous nous occuperons dans la suite.

La jouissance que nous donne, en fait, la chose elle-même, en droit, la propriété de cette chose, est diverse. Tantôt elle consiste simplement à user de la chose (*uti* ou *frui* lorsque la chose produit des fruits), tantôt elle ne consiste qu'à consommer la chose *(res quae usu consumuntur)*, tantôt elle comprend et l'usage et la consommation. A cette forme de jouissance immédiate ou réelle par le propriétaire en personne, s'ajoutent deux autres formes, dans lesquelles le propriétaire transporte à un tiers la jouissance réelle en échange d'une autre jouissance *(formes de jouissance idéales ou juridiques)* notamment :

1. La *jouissance de la valeur.*
   a) *de la chose;* on échange contre elle, en forme de convention, une autre valeur, soit de l'argent (contrat de vente) ([510]), soit une autre chose (échange proprement dit), soit des prestations personnelles *(locatio operarum, conductio operis*, contrat innommé : *do, ut facias)*;
   b) de *l'usage.* L'*uti* ou le *frui* dans ce cas est abandonné à temps ou pour toujours, contre de l'argent *(locatio*

([510]) Sous ce point de vue tombe aussi l'hypothèque de la chose, v. note 516.

rei, superficies, emphyteusis) ou d'autres prestations, (antichrèse) ([511]).

2. *La dation gratuite* à des individus ou à des buts d'intérêt général, et cela ou bien
   a. *de la chose*, en forme de donation, *pollicitatio*, fondation, dispositions de dernière volonté, etc. ou bien
   b. *de son usage*, en forme de commodat, de précaire ou d'établissement gratuit d'usage ou d'usufruit.

La dernière espèce d'emploi de la chose implique aussi une *jouissance* ([512]), tandis que l'aliénation purement négative de la *chose (derelictio)* ou le non-exercice d'un droit d'usage existant *(non-usus)* en contient un *abandon*.

([511]) Les juristes romains reconnaissent clairement ce point de vue, par exemple, L. 12, § 2 de usufr. (**7**-1)... *nam et qui locat, utitur et qui vendit.* L. 39 ibid. *Qui pretio utitur, non minus habere intelligitur, quam qui principali re utitur fruitur.* L. 35, § 1 ibid. L. 22 de hered. pet. (**5**-3)... *in locum hereditariae rei pretium ejus successisse.*

([512]) Les juristes romains ont aussi exactement reconnu ce point : v. par exemple, L. 12, § 2 de usufr. cit.... *Sed et si alii precario concedat vel donet, puto eum uti.* L. 54, § 1 de furt. (**47**-2)... *nec movere quem debet quasi nihil lucri sui gratia facit* (le voleur qui vole pour donner à un autre). *Species enim lucri est ex alieno largiri et* BENEFICII DEBITOREM SIBI ACQUIRERE. L. 7 de serv. exp. (**18**-7)... *cum beneficio affici hominem intersit hominis.* L. 78, § 2 de J. D. (**23**-2)... *vel pretio vel* BENEFICIO... *aut cuivis magis* GRATIAM *praestare.* SENECA de benef. I, c. 6. *Quid est ergo beneficium? Benevola actio, tribuens gaudium* CAPIENSQUE *tribuendo.* Une conséquence pratique de cette conception (mais dont les juristes romains n'avaient pas encore pleine conscience, ainsi qu'il résulte du raisonnement de la L. 71 de evict. [**21**-2]) est, que l'action en garantie du chef d'éviction doit être donnée au donateur, lorsque la chose est évincée sur le donataire, tandis qu'elle manque lorsque la chose a été abandonnée et qu'elle est évincée sur l'occupant. L. ult. de evict. (**21**-2). En effet, donner n'est pas abandonner, et lorsque le donataire est évincé de la chose donnée, le donateur, qui jouissait par son intermédiaire, est en quelque sorte lui même évincé, car il est privé sans droit du mode de jouissance qu'il avait choisi en donnant.

Selon la diversité des circonstances, du but, de la position, le droit, tantôt a apporté plus ou moins de restrictions dans le choix de ces diverses formes de jouissance, tantôt y a laissé subsister la plus entière liberté. Le propriétaire majeur a le choix entre toutes. Dans quelques cas exceptionnels seulement, lorsqu'il s'agit par exemple du fonds dotal, la forme 1a lui est interdite à raison du droit éventuel accordé à un tiers sur la chose. Pareille restriction n'altérait en rien aux yeux des Romains le principe de la propriété. Le propriétaire mineur pouvait aliéner ses immeubles avec l'autorisation du magistrat, il ne pouvait aucunement en disposer à titre gratuit. Dans le legs ordinaire d'une rente, comme dans tout autre legs, le légataire est libre de consentir à telle transaction qu'il lui plaît; dans le legs d'aliments, au contraire, il doit s'en tenir au mode de jouissance ordonné par le testateur, ou tout au moins si ce mode doit subir une altération *essentielle*, s'il s'agit, par exemple, de remplacer le legs par la dation d'une somme d'argent une fois payée, la coopération de l'autorité est nécessaire.

Le droit d'usage commun *(usus publicus)* sur les choses publiques ([513]), offre avec la propriété illimitée, réunissant en elle toutes les formes de jouissance, le contraste le plus achevé. L'*usus publicus* est limité à un *uti* réel, attaché à la personne. Entre cette forme inférieure de la possibilité de jouir et la propriété libre, en laquelle se résume son expression la plus élevée, se place toute une échelle de degrés auxquels tantôt l'une, tantôt l'autre des formes ci-dessus fait défaut. L'usage des *res religiosae* est, comme celui des *res publicae*, exclusivement restreint à l'usage pour lequel elles sont destinées ([514]), mais l'usage peut en être abandonné à des tiers; gratuitement

([513]) C'est un *droit* comme le droit aux *res religiosae*. V. § 71.

([514]) L. 32, § 1, de relig. (11, 7)... *ne sepulcrum aliae conversationis usum accipiat.*

bien entendu, car on ne trafique point des *res religiosae* [515]. Dans les *jura in re*, le droit de jouir peut s'élever de l'*uti* au *frui* et jusqu'au *consumere*, c'est à-dire de la forme la plus infime de l'usage réel attaché à la personne (servitudes prédiales et servitude personnelle de l'*usus* et de l'*habitatio)*, au droit d'user librement de la manière qu'on préfère *(uti frui)* et jusqu'au droit de consommation réelle, dans le quasi-usufruit, juridique ou économique dans le droit hypothécaire.

Ces différentes formes de la jouissance peuvent avoir le caractère de droits spéciaux ou se trouver réunies dans un seul et même droit, la propriété par exemple; elles forment dans leur ensemble la majeure partie de ce que l'on appelle le *droit de disposer*. Sauf la *derelictio* dont l'importance n'est point considérable, le droit de disposer a pour pivot le choix de la manière dont on entend jouir de son droit. Tous les actes juridiques conclus par le propriétaire sont des actes de jouissance : il jouit de sa chose lorsqu'il la vend, l'échange, la donne, la loue ou y établit des *jura in re*. Dans l'hypothèque même il jouit d'une partie de la valeur ou de toute la valeur de la chose, sauf qu'il se réserve le rachat [516]. Dire qu'on est libre de disposer de sa chose équivaut donc à dire qu'on est libre de choisir la manière dont on entend en jouir. De là découlent des conséquences importantes pour l'idée de volonté ou de puissance au point de vue du droit en lui-même [517]. D'après ce que nous venons de dire, l'élément substantiel du

---

[515] L. 2, L. 9 Cod. de relig. (**3**, 44). L. 14, C. de leg. (**6**, 37).

[516] L'hypothèque remplace la vente de la chose, elle réalise pour le propriétaire le même but : elle lui procure de l'argent, sans qu'il doive délaisser sur le champ la chose. Même manipulation donc que dans la vente : transformation de la chose en argent, mais sans l'abandon définitif de la chose.

[517] Je dis expressément : quant au droit en lui-même ; la haute importance que la volonté a pour l'acquisition du droit n'est pas encore en question.

droit : la jouissance, domine la volonté. La volonté n'en est donc plus à représenter seulement l'idée de domination ou de puissance : son rôle s'élargit et devient plus important. Partout où la loi n'a pas strictement et définitivement réglé la manière dont le droit doit servir au sujet, c'est elle qui assigne au droit cette direction, c'est elle qui le fait servir à tels besoins et à tels buts de tel sujet déterminé. Naturellement, là ne se borne point l'action de la volonté quant au droit en lui-même. Mais en dehors de cette mission, alors qu'il ne s'agit plus que de l'abandon du droit ou de la défense du droit en cas de trouble ou de violation, son rôle a bien moins d'importance. Jouir, tel est le but propre du droit : revendiquer un droit n'est qu'un moyen pour arriver à pouvoir en jouir. Aucun droit n'est attaché à l'abandon ; la faculté de faire abandon d'un droit pourrait même venir à disparaître sans que la notion du droit fût altérée par cette disparition (par exemple dans la liberté, dans le droit d'usage commun) : mais ce qui ne peut jamais manquer au droit, c'est la jouissance. *Jouir d'un droit sans en disposer, peut se concevoir ; disposer sans jouir est impossible.* Le droit est tout entier dans ce principe ; c'est ce principe qui doit servir de point de départ à la volonté pour lui permettre de concourir au but général du droit. Ce que la volonté parait perdre ainsi en importance en descendant des hauteurs où une fausse abstraction l'a élevée, elle le regagne largement en prenant une part active et efficace au mouvement du droit. Pris dans son ensemble, on peut certainement désigner le droit comme *force ;* mais on ne doit pas oublier que la force n'est point le but du droit, elle n'est que la forme dans laquelle le droit doit atteindre son but.

SECTION 2. — *L'élément formel ou extérieur du droit.*

L'action en justice ou la protection des intérêts par eux-mêmes. — Limites de cette protection. — Mécanisme des actions et des droits des destinataires dans les corporations et les fondations. — Rapports juridiques sur les *res religiosae* et *publicae* (droit d'usage commun). — Différence du droit individuel et commun. — La possession et la *bonae fidei possessio.*

71. Le deuxième élément du droit est la *protection juridique* qui lui est accordée. Les droits sont des *intérêts juridiquement protégés,* le droit est la *sécurité juridique* de la jouissance.

Tous les intérêts ne réclament point la protection juridique : il en est qu'elle ne peut atteindre ([518]). Il y a plus encore : toute loi qui protège notre intérêt ne nous confère pas un droit. Telle loi, par exemple, qui, dans l'intérêt de certaines industries établit des droits protecteurs, *profite* aux fabricants, les *protège,* mais ne leur donne aucun droit. Comment expliquer ce fait? C'est qu'il n'y a ici qu'une *action réflexe* juridique; c'est qu'il s'agit d'un rapport qui présente sans doute la plus grande analogie avec le droit, mais qu'il en faut bien soigneusement distinguer ([519]). L'Etat, en réalité, établit la loi fiscale dans *son* intérêt, mais cet intérêt de l'Etat concorde ici avec celui des fabricants. Il en est de même du cas où quelqu'un lègue une dot à sa nièce en vue de son futur mariage; il y a communauté d'intérêts entre la légataire et son mari, mais celui-ci n'acquiert aucun droit au paiement du legs. Les fabricants non plus n'ont pas un droit à l'exécution de la loi

([518]) C'est ce que perd de vue l'école philosophique de KRAUSE (note 492).
([519]) V. Jahrbücher, X, p. 245. s.

douanière, l'application de celle-ci ne dépend en aucune manière de leur volonté, ce sont les autorités compétentes qui en décident. Les choses ne sont pas autres lorsqu'il s'agit des lois administratives et criminelles; elles nous protègent, mais non dans la forme d'un droit qui nous appartient en propre.

Il en résulte, et surtout ne perdons point de vue que nous ne nous occupons que de *droits privés*, il en résulte, dis-je, que pour compléter notre principe, il y a à considérer encore que l'ayant-droit lui-même a mission de protéger son intérêt. Pour obtenir cette protection, il n'a nul besoin de l'intervention de tiers; lui-même peut prendre l'initiative. Cette initiative, en droit romain, se déploie sous la forme de l'*action en justice.* L'action c'est le recours au juge civil obligé par la loi d'octroyer la protection juridique. Le droit n'est donc autre chose que l'intérêt qui se protège lui-même. Que l'ayant-droit en personne exerce cette protection, ou que des représentants agissent à sa place, par exemple les tuteurs des personnes incapables d'agir, peu importe : l'action est toujours intentée au nom de l'ayant-droit et à son profit.

L'action est donc la véritable pierre de touche des droits privés. Là où il n'y a plus de place pour l'action, le droit civil cesse de protéger les intérêts et l'*administration* prend sa place. Il n'y a plus d'action lorsque les conditions qui seules rendent possible une décision judiciaire, viennent à manquer, c'est-à-dire une exacte précision de la personne à laquelle compète l'action, de l'objet auquel elle tend, des conditions qui l'entourent, des effets qu'elle doit entraîner, et le cas échéant, la possibilité de prouver l'existence de tous ces éléments dans la procédure civile (520). Le juge civil ne peut protéger que les

(520) SENEQUE de benef. III, 7... *omnia fora vix sufficient. Quis erit, qui non agat, quis, cum quo non agatur?... Quaecunque in cognitionem cadunt, comprehendi possunt et non dare infinitam licentiam judici.* Un exemple est fourni par la question du droit au nom, le cas échéant,

intérêts qui se présentent avec les apparences de corps solides; deviennent-ils insaisissables, indéterminés, son pouvoir cesse ([521]). On ne peut emprisonner le vent. Pour juger avec sûreté, le juge doit pouvoir saisir la chose; on peut à son égard répéter ce que CICÉRON ([522]) dit des lois : *tollunt astutias, quatenus* MANU *tenere possunt.*

Les *actiones populares* nous offrent l'expression la plus large de la protection accordée aux intérêts par l'action (I, 202). Les intérêts que défendent ces actions ont en réalité un caractère d'indétermination et de généralité : ce sont les intérêts de la communauté, du public; les actes contre lesquels elles protègent, constituent des dangers publics. Mais tous les intérêts de cette espèce ne donnent pas ouverture à une action populaire. Celle-ci n'est point un principe (celui de la protection juridique des intérêts généraux), elle se restreint aux cas où le droit positif l'a établie, et a été fixée si exactement quant à ses conditions et à ses effets, que son application pratique ne peut donner lieu à aucune difficulté ([523]).

du droit de défendre à un autre de porter ce nom. De tels intérêts sont l'affaire de l'administration. GERBER *Deutsches Privatrecht.* Edit. 10, § 34, note 1.

([521]) Ainsi il y a une foule de circonstances où il est impossible au juge civil de tenir compte de la diminution de valeur de l'argent (par exemple, dans les prestations d'argent permanentes, fixées une fois pour toutes). Sinon il faudrait l'obliger à rechercher la diminution de valeur non seulement dans le cours d'un siècle, mais même dans une dixaine d'années et même dans le cours d'une seule année.

([522]) CICÉRON de off. III, 17 : *Aliter leges, aliter philosophi tollunt* ASTUTIAS; *leges quatenus manu tenere possunt, philosophi quatenus ratione et intelligentia.*

([523]) V. un exemple intéressant dans la L. 2 § 24 Ne quid in l. p. (43-8) HOC *interdictum* (§ 20 ibid.) *tantum ad vias* RUSTICAS *pertinet, ad* URBICAS VERO NON, *harum enim cura pertinet* AD MAGISTRATUS. On voit par là combien, dans les intérêts ci-dessus, les formes de la protection juridique et admi-

Pareils intérêts indéterminés et généraux sont aussi en jeu lorsqu'il s'agit des personnes juridiques, corporations ou fondations pieuses. L'on tenterait vainement de les concevoir dans la forme ordinaire des actions. Nous avons expliqué déjà (p. 213-217), comment le droit romain a résolu le problème; il ne nous reste ici qu'à nous rendre compte d'une distinction toute spéciale qui s'établit dans ces cas entre l'élément substantiel et l'élément formel du droit. Parlons d'abord de la corporation. Le rapport naturel des choses y est relativement moins que partout ailleurs couvert par la forme juridique. Il est incontestable que les droits, qui sont le patrimoine de la personne juridique, profitent aux membres isolés (présents ou futurs) de la corporation. Ce n'est point là un effet accidentel (action réflexe), c'est le but même du rapport. Les membres isolés sont les véritables *destinataires* de la personne juridique. Des considérations pratiques (I, 51) veulent, il est vrai, que les intérêts communs soient poursuivis, non point par les membres isolés, mais par l'ensemble de ces membres, représenté par une unité personnelle artificielle. Certainement c'est s'écarter de la forme ordinaire du droit privé qui proclame qu'à tout droit portionnaire correspond une action portionnaire, mais il faut toute l'exagération que nous avons tant reprochée à la théorie de la volonté (note 494), pour se méprendre sur le sens réel et sur le but du rapport qui se cache sous cette forme juridique et pour refuser tout droit quelconque aux membres isolés de la corporation ([524]). La personne juridique comme telle est incapable

nistrative se touchent de près. Le précieux travail de BRUNS sur cet objet (*Zeitsch. f. Rechtgesch.* III, p. 341 s.) me dispense de devoir m'y étendre plus longuement.

([524]) La conséquence la plus extrême et vraiment absurde, à laquelle cette conception a conduit est celle que dans *toutes* les personnes juridiques, donc aussi dans celles qui poursuivent des buts purement privés, le patrimoine, lors de leur dissolution, revient au fisc, à moins qu'il

de jouir; elle n'a ni intérêts ni buts. Elle ne peut donc avoir des droits, car les droits ne sont possibles que là où ils atteignent leur destination, c'est-à-dire là où ils peuvent être utiles à leur ayant-droit. Un droit qui ne peut jamais atteindre ce but dans la personne de l'ayant-droit, est une chimère inconciliable avec l'idée fondamentale du principe du droit. Pareille anomalie ne peut exister qu'en apparence : le sujet apparent du droit cache le véritable. Dès que l'on perd de vue cette idée fondamentale du droit, que l'homme seul est le destinataire des droits (note 499), l'on ne s'arrête plus dans la voie de la personnification. On commence, dans les servitudes prédiales, par élever des fonds au rang de personnes et l'on finit par décerner les mêmes honneurs aux titres au porteur.

Non! Les véritables sujets du droit, ce ne sont point les personnes juridiques comme telles, ce sont leurs membres isolés; celles-là ne sont autre chose que la forme spéciale dans laquelle ceux-ci manifestent leurs rapports juridiques avec le monde extérieur. Cette forme est sans importance aucune pour les relations juridiques des membres entre eux. Les droits de chacun d'eux contre les autres restent entiers, même quant à la forme. Chacun peut poursuivre par voie d'action les droits qui lui sont acquis en vertu des statuts et qu'on tenterait de lui contester ou de lui enlever à la suite d'une délibération irrégulière de la majorité ([525]). Si la nature même du rapport qui

---

n'ait été pris auparavant une délibération valable quant à son emploi. On pourrait tout aussi bien prétendre qu'une chose en tombant en morceaux devient *res nullius*. V. Jahrbücher, X, p. 437.

([525]) Le droit romain, il est vrai, ne nous fait point connaître le nom de cette action, mais il est hors de doute qu'il ne peut avoir laissé ce rapport sans protection. L'on ne saurait prétendre, par exemple, que les membres des sociétés romaines de publicains n'avaient point d'action pour réclamer les dividendes qui leur revenaient. L'*act. popularis* offre une analogie exacte pour l'*usus publicus* des biens communs, pâturages, bois, etc., qui y étaient soumis.

lie entre eux les membres d'une corporation, leur interdit de disposer individuellement du fonds commun, si les délibérations de la majorité, prises conformément aux statuts, engagent la volonté de tous, les droits individuels des associés s'écartent bien, même au fond, du type des droits ordinaires, mais ils n'en restent pas moins des droits. Pour le contester, il faudrait apporter la preuve que nous avons fait erreur en définissant les droits : des intérêts juridiquement protégés, ou des intérêts se protégeant eux-mêmes. Loin d'être étrangère aux Romains, cette conception, au contraire, date des premiers temps de Rome ([526]). Elle ne saurait être ébranlée, du reste, que là où le culte de la formule juridique a étouffé chez tous l'esprit de communauté et le sentiment que chacun possède dans la chose commune, sa propre chose.

([526]) Désignation de la corporation par le nom des membres isolés : *gentiles, cives, municipes, socii vectigalium publicorum, publicani, coloni, decuriones, virgines vestales, sacerdotes.* C'est ainsi aussi que le patrimoine de la corporation est désigné comme celui de ses membres, par exemple, *agri virginum vestalium* (HYGINUS ed. LACHMANN gromatici veteres p. 117), *proprietates ad colonos pertinent* (AGGENUS ibid. p. 80). *Quorum (municipum) omnes facultates... locaque communia* (CICÉRON ad fam. XIII, 11), même par les juristes, par exemple, L. 41 de adq. rer. dom. (41-1)... *civium non esse... tuendi cives.* L. 7, § 2 quod cuj. (3-4)... *cum jus omnium in unum reciderit.* L. 1 § 2 ib. *quod eorum commune erit.* L. 11, § 1 quod vi (43-24)... *res eorum*, et dans les lois v. par exemple, Tab. Malac. c. 60 : *praedes in commune municipium dato : pecuniam communem eorum salvam iis fore...* Ces expressions : *municipes, cives* étaient au surplus équivoques, elles pouvaient désigner, par exemple, dans un legs les individus isolés comme tels (*demonstrationis causa).* Dans ce cas le legs était donné à tous les membres existants au moment de la mort, dans le cas contraire il revenait à la communauté et devenait *pecunia communis municipum* dans le sens ci-dessus. V. sur cette différence à peine observée jusqu'ici L. 20 de reb. dub. (34-5) et L. 2 ibid. L. 23 de ann. (33-1). ULPIEN, XX, § 5 dit : *nec municipia, nec municipes.* SAVIGNY, System. T. II, p. 249 ne veut voir là qu'une simple différence d'expressions.

Les fondations sont une forme bien plus compliquée encore du rapport dont nous nous occupons. Elles, non plus, ne sont pas elles-mêmes le but et le centre de gravité de tous les rouages juridiques qu'elles font mouvoir, le pivot de tout leur mécanisme, ce sont les personnes naturelles qui doivent en profiter. La personnification des fondations n'est donc que la forme de l'appropriation d'un patrimoine aux intérêts et aux buts de personnes indéterminées. De plus amples explications seraient superflues. Les destinataires des fondations, ce sont ceux en faveur de qui elles sont faites : les pauvres, les malades, les veuves, les orphelins, les amis des arts ([527]). Mais ceux-ci sont-ils aussi les *sujets* de la corporation, c'est-à-dire, appelés à bénéficier de l'institution, acquièrent-ils le *droit* à ce bénéfice? La réponse dépend du point de savoir s'ils ont une action ou non. Si la fondation est faite dans des termes tels que la personne appelée à en jouir soit complètement déterminée, il naît un droit de la fondation, et nul doute que ce droit ne puisse être poursuivi par voie d'action. Mais qu'arrive-t-il dans le cas contraire, lorsque c'est une commission administrative qui est appelée à décider quels sont les bénéficiaires qui seront admis à jouir de la fondation? Dans ce cas, il ne peut plus être question d'action, la justice n'a plus à intervenir, il ne s'agit plus que d'un acte d'administration. Mais le public sera-t-il désarmé s'il plaît à l'administration de détourner la fondation de son but, s'il lui plaît, par exemple, de fermer les portes d'une institution artistique ou de n'en permettre l'accès qu'aux seuls artistes? Il ne s'agit point évidemment de savoir si le public peut se plaindre à l'autorité supérieure de l'État, mais reste-t-il armé en droit? Le droit romain nouveau a consacré l'affirmative ([528]).

([527]) Dans l'époque postérieure du droit romain, ils étaient souvent institués héritiers eux-mêmes dans les fondations faites en leur faveur, par exemple, les *pauperes, captivi,* L. 24, 28, 49 Cod. de episc. (**1**, 3). L. 19 Cod. de sacr. eccl. (**1**, 2).

([528]) Justinien, dans la Const. non glosée, 6 Cod. de episc. (**1**, 3)...

Il accorde à tout citoyen une *actio popularis*, aux fins de faire réaliser les fondations instituées par dispositions de dernière volonté. Les termes de notre définition du principe du droit doivent nous faire admettre l'existence d'un *droit* dans ce cas. Les deux éléments du droit, l'intérêt, la protection de l'intérêt par lui-même, s'y rencontrent en effet. La circonstance que le demandeur ne poursuit pas seulement son intérêt personnel, mais que tout en le poursuivant il vise en même temps l'intérêt général, n'exclut nullement l'existence du droit.

Les mêmes considérations s'appliquent au rapport juridique qui s'établit sur les *res sacrae*, *religiosae* et *publicae*. Ce n'est qu'en apparence que les juristes romains dénient la possibilité d'un rapport juridique sur ces choses, en les rangeant parmi les *res extra commercium*. Le *commercium*, en effet, et la possibilité de l'existence d'un rapport juridique ne sont nullement des idées équivalentes. Le *commercium* comporte une signification bien plus étroite, celle de la possibilité juridique d'être *objet de commerce (merx, mercari, commercium)*, de pouvoir être *vendu*. Or, les choses qui n'ont point cette qualité ne sont nullement soustraites au service de l'homme. (Les *res publicae* sont précisément celles qui lui rendent le plus de services); leur utilité est seulement restreinte à l'une des formes de jouissance citées plus haut (p. 332). On ne peut faire de ces choses que l'usage *réel* conforme à leur destination, à l'exclusion de toute autre forme de jouissance, notamment de la jouissance idéale au moyen de la vente ou de la location; bref la loi ne tolère plus que l'*uti* (529). Cette même restriction existe pour les servitudes prédiales, et pour la servitude per-

---

et cuicunque civium idem etiam facere licentia erit. Cum enim sit COMMUNIS *pietatis ratio* (intérêt général) *communes et populares decet etiam affectiones constitui harum rerum executionis, habituro unoquoque licentiam ex nostra lege movere ex lege condictitiam et postulare relicta impleri.*

(529) Dans le droit nouveau la vente des *res sacrae* est permise sous certaines restrictions. L. 21 Cod. de sacr. (1-2) Nov. 120 c. 10.

sonnelle de l'*usus*. Or si elle n'empêche point que ces servitudes ne constituent des droits sur la chose, elle ne peut pas davantage nous empêcher de parler de *droit* lorsqu'il s'agit des *res sacrae*, *religiosae* et *publicae*. Dans les deux premières espèces, comme le remarquent expressément les juristes romains eux-mêmes, ce droit est voisin du droit de propriété ([530]). Il est exclusif comme ce dernier et jouit d'une protection tout aussi complète : seule la forme des actions diffère ([531]). Le droit aux *res religiosae* pouvait même être transféré à un tiers ; mais il n'était point permis de le faire à titre onéreux (note 515) ; une *longi temporis praescriptio* donnait naissance au droit ([532]) : bref, tout était réuni pour en faire un *droit sur la chose* ([533]). Pour le dénier il faudrait considérer la propriété et les

---

([530]) L. 2, § 2 de int. (**43**-1)... *veluti proprietatis causam continent.* Tit. Cod. : *ne rei dominicae vel* TEMPLORUM VINDICATIO *temporis praescriptione summoveatur* (**7**-38). L. 21 Cod. de sacr. eccles. (**1**-2) ; les juristes romains employaient déjà l'expression *dominus* pour le tombeau, L. 6 de sep. viol. (**47**-12) ; ou du moins lorsqu'ils s'en tenaient à la rigueur des principes, ils admettaient que les moyens de protection juridique reconnus nécessaires pouvaient s'appliquer au tombeau. L. 13, § 5 quod vi (**43**-24).

([531]) Non point la revendication (L. 4 Cod. de relig. [**3**-44], d'Alexandre sévère), mais des interdits (note précéd.) et des *actiones in factum*. V. par exemple, L. 43 de rei vind. (**6**-1). Pour l'époque postérieure cette différence de forme avait perdu sa signification, on pouvait donc désigner l'action directement comme *vindicatio*. V. le passage du code cité dans la note précédente.

([532]) D'après la loi 6 Cod. de rel. (**3**-44), non d'après la L. 4 du mort. inf. (**11**-8).

([533]) Aussi les sources ne parlent-elles pas seulement d'un *jus prohibendi* de l'ayant-droit, L. 8, § 4 de relig. (**11**-7), mais directement d'un *jus sepulcri* et de *jura sepulcrorum*, L. 4 de mort. inf. (**11**-8), L. 3, § 9 de sep. viol. (**47**-12). L. 4, 6, 8, 13 Cod. de rel. (**3**-44), d'un *jus monumenti*, L. 13, § 7 Damn. inf. (**39**-2), de l'*intérêt* de celui auquel *appartient* le tombeau *(ad quem pertinet)*. L. 3 pr. § 8-10 cit.

droits qui en découlent comme la seule forme possible du droit sur les choses. Mais il y a là une erreur qu'il suffit de reconnaître ([534]) pour n'avoir plus de doute sur la nature du rapport juridique qui peut s'établir sur les *res publicae*. Tout n'est pas dit sur la nature de ce rapport lorsque, n'envisageant les *res publicae* qu'au seul point de vue de la qualité juridique de l'*objet*, on dit qu'elles sont des choses soustraites au commerce, et affectées à l'usage général, en partant de cette idée pour rattacher l'étude des *res publicae* à la doctrine de la propriété sur les choses ([535]), comme s'il ne s'agissait ici, ce qui est le cas de la *res nullius*, que de l'état juridique d'une *chose*. Mais dans l'espèce, en regard de la chose se trouve une *personne* ([536]), à laquelle elle sert, non point par hasard, en fait, mais en vertu d'une nécessité juridique. Dans ce service public, dans cette affectation totale à l'*usus publicus* réside toute la destination des *res publicae* ([537]). Mais ce rapport ne prend le

---

([534]) Je me suis déjà exprimé au sujet de cette erreur dans deux avis concernant une contestation sur les fortifications de Bâle (1862, n° 1. Leipzig, n° 2 Bâle). La propriété n'est pas la seule forme de ce qui *appartient*. Mes cheveux m'*appartiennent* et lorsqu'ils sont coupés, ils tombent dans ma *propriété*, mais de là ne résulte point qu'ils devaient déjà auparavant m'appartenir dans cette forme. C'est ainsi aussi que les *res publicae* appartiennent à l'État, et lorsqu'elles sont arrachées à l'usage général, elles tombent aussi sous la forme de la propriété ordinaire ; mais de là ne suit pas le moins du monde, que l'*appartenir*, le *populi, universitatis esse* doive déjà auparavant avoir cette forme. Les choses qui se trouvent dans l'usage général *(res publicae) : universitatis esse creduntur,* mais cependant : *nullius* IN BONIS (c'est-à-dire en propriété) *esse creduntur*. L. 1 pr. de R. D. (**1**-8) et les *res quae* COMMUNES *omnium sunt* ne sont pas l'objet d'une *copropriété*.

([535]) Le premier qui s'est departi de cet usage traditionnel est WINDSCHEID Lehrbuch des Pandektenrechts T. 1 (1862) § 146.

([536]) *Privatorum usibus deserviunt* L. 2, § 2 ne quid in l. pub. (**48**-8).

([537]) L. 2, § 5 cit. : *publico usui destinata sunt.* L. 83, § 5 de V. O.

caractère d'un droit que lorsque les destinataires sont munis d'une action. Telle serait l'*actio popularis* accordée aux sujets de l'État, aux membres de la communauté, non seulement pour poursuivre l'intérêt général, mais encore pour sauvegarder leur intérêt propre (I, 204). Quant aux étrangers, les choses publiques ne leur profitent que par suite d'une action réflexe. Si la théorie romaine n'a point inscrit ce droit parmi les autres ([538]), le fait n'a rien qui doive nous étonner. Nous avons là une lacune à combler qui ne doit nous inspirer aucune hésitation. Nous inscrivons donc le *droit d'usage général* parmi les *droits sur les choses*. A cet effet, il fallait élargir la notion du droit sur les choses ou plutôt la notion du droit en général. Celle-ci se divise en deux branches : le *droit individuel*, et le *droit commun*. L'esprit d'exclusion est le caractère du premier, c'est le droit exclusif. Ce droit cependant peut se diviser, mais chacune de ses parties reste un droit exclusif. Dans la plupart des droits appartenant à cette classe se retrouve encore un autre caractère; celui de la domination absolue, c'est-à-dire, le droit de libre disposition ou comme nous l'avons déjà dit (p. 332), la liberté dans le choix des formes de jouissance. Mais ce caractère n'est pas essentiel, témoin les servitudes restreintes au simple *usus*, et le droit ci-dessus aux *res religiosae* qui appartient également à la classe des droits individuels. Les droits de la seconde classe ont pour caractère commun la communauté indivise et indivisible de la jouissance. Nous rangeons parmi eux, outre le droit d'usage commun,

---

(**45**-1) : *usibus publicis in perpetuum relicta*, § 2 Inst. de inut. stip. (**3**-17) : *usibus populi perpetuo exposita.*

([538]) Bien qu'elle reconnaisse à l'occasion le contenu juridique de ce rapport. V. par exemple, L. 2, § 2 ne quid in l. p. (**43**-8)... *tantum* JURIS *habemus ad obtinendum, quantum quilibet ex populo ad prohibendum habet.* Chez les Byzantins (SCHOL. 30. Basil. Lib. 60 tit. 4 L. 5) on trouve l'expression : δίκαιον δημοτικὸν (*jus populare*, et non *publicum*). BRUNS, Zeitsch. f. Rechtsgesch. III, p. 392.

ceux des droits ci-dessus qui appartiennent aux membres d'une association ayant la personnification civile ou aux destinataires des fondations pieuses, comme tels. Pour avoir ces droits, il faut appartenir à un certain cercle de personnes, étendu ou restreint. L'intéressé les acquiert au moment où il y entre, ils s'éteignent dans sa personne au moment où il en sort. Les intérêts de tels sujets *actuels* n'absorbent point leur destination et leur utilité. Ces droits ont pour objet les intérêts de tout un genre, voire des générations à venir. De là découlent des conséquences importantes pour la législation. Si l'État prend souci de ceux qui ne peuvent eux-mêmes garantir leurs droits, s'il assure à l'enfant non encore né la part d'hérédité qui lui est échue, avec non moins de soins il doit se préoccuper des générations futures ; il doit veiller à ce qu'un présent égoïste ne les frustre point de l'héritage qui leur est destiné et ne s'en serve point uniquement pour ses propres fins (539). D'un autre côté, cependant, le droit de la génération actuelle prime celui de la génération à naître, les nécessités d'aujourd'hui sont plus urgentes et plus respectables que les intérêts de demain. Parfois même l'absorption des richesses qui sont l'apanage de l'humanité ou leur affectation à d'autres destinations peuvent être pleinement justifiées (540). L'on ne peut ainsi au moyen d'une règle fixe concilier les intérêts et les droits des générations, établir l'accord entre la volonté qui a présidé, dans le passé, à la fondation, et les exigences du présent et les espérances de l'avenir. C'est là une question de haute justice historique que le pouvoir suprême de l'État doit être seul à résoudre; c'est une question de politique législative.

---

(539) Jahrb., X, p. 436.

(540) Justinien reconnaît très exactement ces deux points de vue, l'un dans la L. 46, § 9 Cod. de episc. (1-3), l'autre dans la L. 21 Cod. de sacr. eccl. (1-2) et Nov. 120, c. 10.

Nous avions pour but, dans l'explication qui précède, de nous assurer de l'exactitude de notre définition du droit, en l'appliquant à quelques rapports, dans lesquels jusqu'ici on ne s'était point inquiété de rechercher l'existence d'un droit. Une grande controverse s'est également établie sur la question de savoir si la possession doit être comptée parmi les droits, et dans quelle classe de droits il faut la ranger. Si la définition que nous avons donnée du droit est exacte, la possession est incontestablement un droit : elle est un intérêt juridiquement protégé ([541]). Or, comme cet intérêt a pour objet immédiat (et non indirect comme cela se présente pour l'obligation) la chose elle-même, il faut faire figurer la possession parmi les rapports juridiques sur la chose. Il en est de même de la *bonae fidei possessio*. Si ces deux rapports, de même que les rapports juridiques relatifs aux *res publicae* et *religiosae* n'ont pas mérité d'être classés parmi les droits sur les choses, c'est que, grâce à l'absence d'esprit critique, on a calqué la notion du droit sur la chose uniquement sur la propriété et les *jura in re aliena*. On s'est imaginé que ces derniers droits épuisaient les relations juridiques de l'homme avec la chose. On a oublié que les autres droits, quoique moins étendus sous le rapport de leur contenu juridique, constituent au même titre des relations juridiquement protégées avec la chose. On a argué de ce que le possesseur et le *bonae fidei possessor* doivent céder devant le propriétaire.

([541]) Les juristes romains reconnaissent souvent le droit attaché à la possession, par ex., L. 2 Uti poss. (**43-17**) et L. 36 i. f. de poss. (**41-2**) : *plus juris*, L. 2, § 38 ne quid i. l. p. (**43-8**) *jure possessionis fruitur*. L. 44 pr. de poss. (**41-2**) *jus possessionis non videre peremtum* L. 38, § 3 de V. O. (**45-1**)... *minuitur ex jure, quod habuit*. Lorsque d'autre part ils désignent la possession comme de pur fait, cela n'est nullement une contradiction. Le *fait* de la détention est la *base* du droit de possession, de la même manière que le fait de l'existence physique de l'homme est la base du droit de la personnalité qui y est attaché. Ici comme là le droit cesse avec le fait, mais les droits nés de sa violation continuent à exister.

Mais celui-ci ne doit-il pas s'incliner lui-même devant le créancier hypothécaire? Et à son tour, celui-ci ne doit-il pas reculer devant le propriétaire qui veut payer la dette? Où donc est-il écrit que la notion du droit sur la chose consiste à ne pouvoir être primé par personne? La possession dans son idée originaire n'est autre chose que la *propriété sur la défensive*. La propriété aurait bientôt fini d'exister, si le propriétaire, pour se protéger dans la jouissance de son droit, devait chaque fois prouver sa *propriété*. Pour que protection complète soit assurée à la propriété, il faut de nécessité absolue que la seule *extériorité* de la propriété, c'est-à-dire la possession soit respectée et protégée ([512]). Les actions possessoires représentent les moyens défensifs de la propriété; la *rei vindicatio* en est le moyen offensif. Mais si cette protection défensive de la propriété, non moins absolue dans sa sphère que la protection offensive, en ce sens qu'elle est accordée contre quiconque trouble la propriété sous ce rapport, est indépendante de la *preuve* de la propriété, il en résulte nécessairement que le non propriétaire qui possède jouit également du bénéfice de cette protection. Pour protéger le propriétaire comme possesseur, on devait protéger le possesseur lui-même d'une manière absolue. C'est ainsi que la possession est devenue un rapport juridique indépendant à côté et en dehors de la propriété, donc un *droit sur la chose*. On peut la caractériser en deux mots : c'est une *situation de la propriété* juridiquement protégée pour elle-même et érigée en un droit indépendant. Il faut en dire autant de la *bonae fidei possessio* : elle est une forme de protection *offensive* de la propriété, ayant conquis une indépendance juridique. On ne peut lui dénier d'être un droit sur la chose. On ne s'y serait pas trompé, si la législation n'avait consacré l'idée de la propriété et de la protection qui lui est dûe que dans cette forme rudimentaire. Mais à côté d'elle le droit romain a créé

([512]) IHERING, Du fondement de la protection possessoire, Paris, 1875.

la forme plus énergique de la *rei vindicatio*, et c'est uniquement à cause de cela que l'on n'a pas reconnu jusqu'ici la possession de bonne foi comme une forme de la propriété. On l'a laissée se confondre avec l'*actio publiciana*, comme on a laissé le rapport juridique sur les *res religiosae* et *publicae* se confondre dans la théorie des choses. Cette classification systématique et la conception qui s'y manifeste, seraient exactes si la publicienne était uniquement créée pour le propriétaire et était ainsi liée à la preuve de la propriété. Mais comme elle est précisément destinée à remplacer cette preuve par une autre plus facile, que le non-propriétaire aussi peut fournir, elle devient par cela même le moyen de protéger un rapport matériel indépendant existant en dehors et à côté de la propriété. Aussi longtemps que ce rapport ne succombe pas dans un conflit avec la propriété, aussi longtemps que la possession ne succombe pas dans un conflit avec l'une ou l'autre, ces rapports se meuvent dans leurs sphères déterminées avec toute la force et toute l'autorité d'un droit. Que ce droit puisse venir à disparaître, peu importe, son existence antérieure comme droit ne saurait être déniée.

Tous ces développements n'ont pas d'importance au point de vue de la jurisprudence pratique. Les juristes romains ne songeaient point à approfondir ces questions. Ils se plaçaient à un point de vue immédiatement pratique : l'*action* (III, 337). Peu leur importait la manière dont il fallait caractériser et classer le droit qui est la base de l'action. On a été jusqu'à soutenir que dans le droit d'hypothèque ils n'ont pas même reconnu le droit dans son abstraction, et qu'ils se sont contentés de l'idée de l'action hypothécaire. Nous nous plaçons, nous, sur un tout autre terrain. Comme nous l'avons déjà dit, ce n'est point l'action, c'est le droit qui est le pivot de notre science actuelle. Bien des choses manquent encore pour pouvoir marcher logiquement jusqu'au bout dans cette voie. Nous avons un pied dans le monde romain, un pied dans le monde moderne; notre classement des droits et celui des actions s'entrecroisent souvent étrangement : les actions *in rem*

trouvent leur place parmi les droits qu'elles protégent et les actions *in personam* destinées également à protéger des droits se rangent dans la théorie des obligations. J'ai choisi cette place pour examiner certains rapports, moins pour relever ce défaut de classification, que pour défendre la définition que nous avons donnée du droit contre les objections que ces rapports pouvaient soulever. Il serait inopportun, impossible même, de rechercher plus complètement l'enchaînement qui existe entre le droit et l'action.

FIN DU TOME IV.

TABLE DES MATIÈRES DU TOME IV.

TABLE ANALYTIQUE

DES QUATRE PREMIERS VOLUMES (1).

NOTA. Le premier chiffre arabe, placé après le chiffre romain, indique la page du tome auquel il se rapporte. Si ce premier chiffre arabe est suivi d'un autre, dont il est séparé par une virgule, le second chiffre se rapporte aux notes. Les citations ont été revues avec autant de soin que possible. En cas de divergence, les chiffres de la table doivent servir à corriger ceux du texte.

I. TABLE DES TEXTES.

1. Droit antérieur a Justinien.

A. Inscriptions.

(1) Cette table n'est que provisoire, l'ouvrage n'étant pas achevé. L'auteur a jugé nécessaire de publier d'abord une partie du 5e volume, sous la forme d'un ouvrage séparé en 2 volumes, intitulé : *der Zweck im Recht* (T. I, Leipzig 1877, gr. 8o). La suite de l'Esprit du droit romain (trois volumes) est entièrement composée et paraîtra immédiatement après. La traduction suivra dans le plus bref délai possible. (Note du trad.)

DISCOURS.

Lettres.

C. Ouvrages de droit.

2. Droit de Justinien.

A. Institutes.

B. Digeste.

C. Code.

D. Novelles.

3. Droit postérieur a Justinien.

II. TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES.

B.

F.

G.

K.

L.

Q.

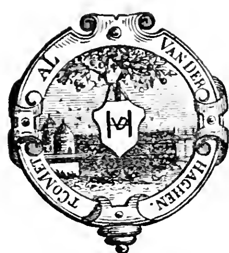
R.

T.

U.

V.

W.


TCOMET AL VAN DER HAGHEN.



DATE DUE

CAT. NO. 1137			